



# **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social

LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO INTEMPESTIVO EN LA LEGISLACIÓN  
LABORAL ECUATORIANA

Trabajo de titulación previo a la  
obtención del título de Magister en  
Derecho Laboral y Seguridad Social

Autor:

Romel Armando Sacta Caguana

CI: 0106509805

romel\_sacta@hotmail.com

Director:

Dr. Miguel Ángel Galarza Cordero

CI: 0102343191

**Cuenca-Ecuador**

15 de noviembre de 2019



### **Resumen:**

La presente investigación profundiza en el análisis y la comprensión del despido en el Ecuador. En un primer momento se lo delimita, se diferencian sus clases y se revisa cómo está regulado en el Derecho ecuatoriano e internacional. En un segundo momento, se estudia la carga de la prueba en el Derecho Laboral y se centra en el despido incausado, poniendo énfasis en los despidos agravados, de reciente protección en el país. Finalmente, se reflexiona sobre el principio tutelar en las normas laborales, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, analizando conceptos como la estabilidad reforzada, desregulación, flexibilidad y flexiseguridad.

**Palabras claves:** despido, derechos fundamentales, discriminación, estabilidad, temporalidad, desregulación, flexibilidad, flexiseguridad.



**Abstract:**

The following research deepens the analysis and the understanding about dismissal in Ecuador. At first time it's delimited, types are differentiated and it's examined how the dismissal is regulated on the Ecuadorian and the International Law. In the second section is addressed the burden of the proof on the Labour Law and focuses on the dismissal uncaused, emphasizing the aggravated dismissal, which have been recently protected in this country. Finally ponders about the tutelary principle in the labour standard, both in the substantive and in the adjective, analyzing concepts like reinforced stability, the regulation, flexibility and flexisecurity.

**Key words:** dismissal, fundamental rights, discrimination, stability, temporariness, flexibility, security flexibility.



## Índice del Trabajo

### Capítulo I

#### El despido en el Derecho Laboral ecuatoriano

<b>1. Estudio doctrinario</b>	13
<b>1.1 La extinción de la relación laboral</b>	13
<b>1.2 El Despido</b>	15
<b>1.3 La eficacia de la voluntad del empleador en el despido</b>	17
1.3.1 Despido Directo	17
1.3.2 Despido Propuesta	18
<b>1.4 El despido y su causa justa</b>	18
<b>1.4.1 El despido justificado</b>	18
1.4.1.1 El <i>Despido Disciplinario</i>	19
1.4.1.2 El <i>Despido Objetivo</i>	19
1.4.1.3 El <i>Despido Colectivo</i>	20
1.4.1.4 El <i>Despido por Fuerza Mayor</i>	20
<b>1.4.2 El despido intempestivo, injustificado o incausado</b>	20
<b>1.4.3 El despido injustificado agravado</b>	22
<b>2. Marco jurídico del despido</b>	23
<b>2.1 El trabajo en la Constitución</b>	23
2.1.1 El trabajo como derecho del buen vivir	23
2.1.2 El trabajo en el régimen de desarrollo	24
<b>2.2 El despido en los Convenios de la OIT</b>	24
<b>2.3 Otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos</b>	27



<b>2.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos</b>	27
<b>2.3.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales</b>	27
<b>2.3.3 Pacto de San José y Protocolo de San Salvador</b>	29
<b>2.4 El Código de Trabajo</b>	30
<b>2.5 La jurisprudencia</b>	32
<b>2.6 En el Derecho Comparado</b>	33
<b>2.6.1 Argentina</b>	33
<b>2.6.2 México</b>	34
<b>2.6.3 España</b>	34
<b>2.6.4 Colombia</b>	35

## **Capítulo II**

### **La carga de la prueba en el despido intempestivo.**

<b>1. Sobre el Derecho Procesal Laboral</b>	37
<b>2. Sobre el Derecho Probatorio</b>	39
<b>3. La carga de la prueba en materia laboral</b>	41
<b>3.1 La carga de la prueba en el despido intempestivo</b>	46
<b>3.1.1 La carga de la prueba en despidos injustificados comunes</b>	45
<b>3.1.2 La carga de la prueba en despidos injustificados agravados</b>	47
<b>4. La prueba en despidos agravados reclamados en sede laboral</b>	48
<b>5. La prueba en despidos agravados reclamados en acción de protección</b>	54
<b>6. Sobre la reparación de derecho</b>	55
<b>7. Sobre la discriminación</b>	58

## **Capítulo III**



**Análisis de la carga de la prueba en el despido intempestivo, en el marco del principio protector del derecho laboral.**

<b>1. Reflexionar sobre el principio de tutela en el despido intempestivo.....</b>	<b>62</b>
<b>2. Reflexionar sobre casos paradigmáticos de estabilidad reforzada.....</b>	<b>66</b>
<b>3. Analizar el principio de tutela frente a la flexibilización y la flexiseguridad.....</b>	<b>68</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>74</b>
<b>Recomendaciones.....</b>	<b>76</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>77</b>
<b>Anexo 1: Entrevista al Dr. Rubén Castro Orbe.....</b>	<b>83</b>
<b>Anexo 2: Entrevista al Dr. Freddy Mulla Ávila.....</b>	<b>93</b>



Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio  
Institucional

---

**ROMEL ARMANDO SACTA CAGUANA** en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación “LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO INTEMPESTIVO EN LA LEGISLACION LABORAL ECUATORIANA”, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 15 de noviembre de 2019.

---

ROMEL ARMANDO SACTA CAGUANA

C.I: 0106509805



Cláusula de Propiedad Intelectual

---

**ROMEL ARMANDO SACTA CAGUANA**, autor/a del trabajo de titulación “LA CARGA DE LA PRUEBA DEL DESPIDO INTEMPESTIVO EN LA LEGISLACION LABORAL ECUATORIANA”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 15 de noviembre de 2019.

---

ROMEL ARMANDO SACTA CAGUANA

C.I: 0106509805





### **Agradecimiento:**

Expreso mi sincero agradecimiento a todas las personas que colaboraron generosamente en la realización de este trabajo, mediante recomendaciones, fuentes documentales, entrevistas, opiniones y palabras de apoyo siempre necesarias.

De manera especial quiero agradecer al Dr. Miguel Ángel Galarza por la paciente revisión de la estructura y contenido del presente trabajo.



*A mis padres Oliva y Armando, a mis hermanos Magaly, Bayron y Álvaro, y a Sofía;*

*A la Universidad de Cuenca;*

*Al pueblo ecuatoriano agobiado por tanta infamia!*



## **Introducción:**

En estas páginas se teoriza el despido incausado, desde lo sustantivo y adjetivo. En un primer momento, definimos el despido haciendo énfasis en la cada vez menos eficaz voluntad del empleador y ubicándolo en el marco jurídico nacional e internacional. En un segundo momento, se analiza el despido en la norma procesal: qué tratamiento se le da en los procesos judiciales y cuál es la distribución de su carga probatoria. Resalta en este punto el despido agravado por discriminatorio o violatorio de derechos fundamentales, que en el Ecuador ha sido establecido de forma reciente pero que en legislaciones como la española, ha tenido un largo tratamiento.

En esta tesis se discute la sanción al despido intempestivo: si una indemnización económica repara el derecho violado o si la reparación debe empezar por el reintegro al puesto de trabajo. Se deja abierto el tema en cuanto a lo que debemos entender por discriminación laboral y se pregunta si el despido representa un acto de discriminación económica, por resultado. Finalmente, en un tercer momento, ubicamos al despido en las corrientes existentes en el Derecho Laboral.

El Derecho Laboral como norma tutelar fundada en la justicia social, se ha enriquecido con el avance en la protección de los derechos humanos, que incluso refiere la existencia de derechos laborales inespecíficos. El despido entonces y en general todo el Derecho del Trabajo, tiene un nuevo fundamento: el respeto a los derechos humanos. Compartimos con Baylos que el despido es el mayor acto de violencia del poder empresarial y que como tal debe ser limitado.

Discutir de estabilidad, flexibilidad, desregulación y flexiseguridad, tiene a los derechos humanos como punto importante del debate. Estas páginas buscan ser un aporte para otorgar nuevos caminos al Derecho Laboral. Frente a la propuesta de Pasco Cosmópolis –de encontrar un núcleo duro y que lo demás se pueda flexibilizar- se propone avanzar en la protección del ser humano, pues la ciudadanía en general debe ser expresada en la ciudadanía en la empresa.

El autor.



*“Nuestro ideólogo puede hacer cuantas contorsiones le plazca, pero la realidad histórica que arrojó por la puerta volverá a entrar por la ventana, y mientras imagina dictar una moral y una teoría del derecho para todos los mundos y épocas no realiza de hecho más que una imagen deformada, una imagen invertida, como la que da el espejo cóncavo, de las tendencias conservadoras o revolucionarias de su época.”*

F. Engels, ANTI DÜHRING



## Capítulo I

### El despido en el Derecho Laboral ecuatoriano

#### 1. Estudio doctrinario

Mario de la Cueva enseñaba que el Derecho del Trabajo regula al hecho mismo de la prestación de un trabajo subordinado, sin reparar si su origen es contractual o no, ni la denominación que se pueda adoptar. Superando la doctrina civilista que venía en el trabajo un contrato de compraventa, un contrato de sociedad o un mandato al trabajador, esta nueva rama del Derecho centra su mirada en la realidad. La relación de trabajo una vez que se inicia con la prestación del servicio se desprende del acto que le dio origen y adquiere una vida propia, regida más que por la voluntad de las partes, por las disposiciones legales y reglamentarias. Son estas normas las que regulan la vida, evolución y muerte de la relación laboral, superando la supremacía de la voluntad del civilismo. (De la Cueva, 1980)

La teoría de la relación de trabajo es también conocida como teoría del enrolamiento, frente a la cual la teoría contractualista centra la relación laboral en el acuerdo de voluntades que da vida al contrato de trabajo. Sin dejar de lado la importancia del contrato de trabajo, la teoría de la prestación del trabajo permite diferenciar con más claridad las relaciones laborales que se sujetan a la norma laboral. Son los hechos y no las formas las que determinan el régimen jurídico de una labor, entendiendo que se busca proteger al trabajo subordinado. Este punto es fundamental frente a la existencia de contratos civiles o administrativos, que camuflan una relación laboral.

#### 1.1 La extinción de la relación laboral.

La relación laboral tiene varias etapas diferenciadas. Su existencia regularmente empieza por un contrato verbal o escrito de trabajo y se prolonga en el tiempo mediante el intercambio de prestaciones entre empleador y trabajador, en medio de “vicisitudes” o modificaciones temporales



o definitivas, que a modo de ejemplo, puede ser la interrupción o suspensión de la relación laboral, la subrogación contractual o legal o la movilidad funcional del trabajador. (Montoya Megar, 2013) Esta relación laboral no puede “vivir” eternamente sino que está condenada a extinguirse.

La extinción de la relación laboral es “...*el cese definitivo de la relación laboral individual y de las consiguientes obligaciones contraídas por las partes, en virtud de una causa normativamente establecida.*” (Martinez Abascal & Herrera Martín, 2013). Siguiendo a los citados autores, en la extinción de la relación laboral podemos distinguir ciertas características básicas: operatividad extintiva, previsibilidad definitiva, reversibilidad, perdurabilidad relativa y causalidad.

La primera característica busca remarcar que la extinción únicamente puede operar en relaciones de trabajo que surjan de un contrato válido, para distinguirlo de la nulidad del mismo. La previsibilidad definitiva advierte la extinción como definitiva y conclusiva, diferente a una interrupción o suspensión de las obligaciones contractuales. Su reversibilidad supone una limitante pues la terminación de la relación laboral puede no operar si no existe la causa que se alega. La perdurabilidad relativa indica que a pesar de extinguirse un contrato puede permanecer ciertas obligaciones entre las partes, por ejemplo, perdura la obligación del trabajador de guardar información confidencial a la que tuvo acceso durante el trabajo. Finalmente, el cese debe obedecer a una causa fijada previamente por la ley. (Martinez Abascal & Herrera Martín, 2013). La causalidad sin embargo, en algunas legislaciones, no es un requisito para terminar la relación laboral, pues la terminación sería eficaz a cambio de una sanción económica a favor del trabajador.

El regular la extinción de la relación laboral tiene un doble fundamento. Es liberatorio pues permite regular la extinción del contrato ante la presencia de causas que se consideran “justas”, y es conservativo al mismo tiempo, pues procura la estabilidad laboral al regular expresamente las



causales de terminación y sus consecuencias jurídicas. (Martínez Abascal & Herrera Martín, 2013)

La extinción adopta diferentes denominaciones según la doctrina y la legislación de los países: resolución, rescisión, despido, ruptura, terminación, etc. El Código de Trabajo ecuatoriano utiliza el nombre genérico de terminación, a fin de referirse a todos los casos de extinción del vínculo laboral.

Múltiples con las clasificaciones doctrinarias sobre las causas de terminación de la relación laboral considerando los aspectos objetivos, subjetivos, efectos o procedimientos. Tomaremos a Dr. Rafael Caldera, citado por Trujillo, y según la voluntad de las partes, clasificaremos las causas en tres grupos. (Trujillo, 2008)

La terminación de la relación laboral ocurrirá por acuerdo de las partes cuando así lo hayan pactado o lo lleguen a acordar. Esto sucede en el caso de contratos como el de conclusión de la obra, período de labor o servicio, o cuando las partes de mutuo disenso deciden dar por terminado.

La terminación puede obedecer a la voluntad unilateral de cada parte. El trabajador puede terminar la relación por múltiples formas: mediante un trámite previo de visto bueno por un incumplimiento del empleador, por abandono de su puesto de trabajo o desahucio debidamente presentado. En el empleador la terminación unilateral toma el nombre de despido, pudiendo mediar un trámite previo fundado en una causal o de forma intempestiva.

La terminación acontece también por causas ajenas de la voluntad de las partes, por ejemplo la muerte o incapacidad del empleador, extinción de la persona jurídica, caso fortuito o fuerza mayor o muerte o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador.

### **1.2 El despido**

Manuel Alegre Nueno (2007) nos refiere que en la definición del despido no existe consenso entre los iuslaboralistas. El autor, por ejemplo, nos indica que en la doctrina española el sector



mayoritario considera que despido es “*toda extinción del contrato de trabajo que tenga su origen en la voluntad unilateral del empresario*” (Nueno, 2007), definición dentro de la cual entraría múltiples formas de terminación de la relación laboral. El despido, para el sector minoritario de la doctrina española, comprendería únicamente lo que conocemos como despido disciplinario, es decir, aquel que surge de un incumplimiento contractual realizado por el trabajador.

Alfredo Montoya Melgar define al despido como el “...*acto unilateral, constitutivo y recepticio por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo.*” (Montoya Megar, 2013) Con las particularidades propias de la normativa española, la *unilateralidad* refiere a que el origen del acto de despido es del empleador. Es *constitutivo* pues la sola voluntad del empleador terminaría la relación laboral y, finalmente, en la definición transcrita, se lo define como *recepticio*, pues su eficacia depende de su notificación al trabajador.

Una definición distinta es la de José M. Almansa Pastor, para quien el despido es: “...*el acto o pretensión extintivos de la relación individual de trabajo emanados de la voluntad del empresario...*” (Almansa Pastor, 1968). De esta definición resalta que el despido no tendría una eficacia inmediata por la sola decisión del empleador, sino que puede ser una simple pretensión extintiva pues la eficacia de la voluntad del empleador tendría su límite. En esta definición entrarían los despidos ineficaces o nulos, pues como lo señalaba Mario de la Cueva: “*la voluntad y la libertad del trabajador son intangibles, en cambio, la voluntad del empresario es cada vez menos eficaz.*” (De la Cueva, 1980).

En Ecuador, el despido suele ser utilizado como sinónimo de despido intempestivo, sin embargo, en esta investigación el despido lo utilizaremos de forma genérica para definir todo acto de terminación de la relación laboral que surja de la sola voluntad del empleador. El despido tiene una importancia fundamental en las relaciones laborales, pudiendo afirmarse que inclusive se lo





define como la expresión más violenta de la voluntad del empleador, pues priva al trabajador no sólo de su empleo sino también de su estatus de ciudadano, al impedirle acceder a los recursos necesarios que le garantizarían una salud, educación o vivienda adecuada para él y su familia. (Baylos & Perez Rey, 2009).

Revisemos algunas clasificaciones del despido.

### **1.3 La eficacia de la voluntad del empleador en el despido.**

Almansa Pastor nos habla de “*sistemas formales de despido*” para clasificar el despido según el efecto que tiene la voluntad del empleador, en despido directo y despido propuesta.

#### **1.3.1 Despido Directo.**

En este despido la voluntad del empleador extingue por si solo la relación laboral, es decir, el empleador impone su voluntad y el ordenamiento jurídico le da pleno valor y eficacia extintiva. Debemos diferenciar la eficacia extintiva de las indemnizaciones o emolumentos que cada legislación, establezca a favor del trabajador, lo que dependerá de la forma en que se haya dado el despido. (Pastor, 1968, Pág. 14). Este despido es propio de un régimen jurídico individualista que da primacía a la autonomía de la voluntad.

Este despido puede ser clasificado según la forma que tome la expresión de voluntad del empleador, variando según el ordenamiento jurídico. Así tenemos, en primer lugar, una amplia libertad para que el empleador exteriorice su voluntad de despido y éste surta efectos inmediatos. En segundo lugar, podemos distinguir la exigencia de que la voluntad de despido sea comunicado de forma previa a la terminación del vínculo laboral, mediante un preaviso, desahucio o carta de despido, siempre con un carácter semiformal. En tercer lugar, esta voluntad puede estar sujeta a la máxima formalidad, es decir, se regula no solo que se manifieste la voluntad sino requisitos adicionales como la expresión de los motivos e incluso el demostrar la “justa causa”, en un



expediente previo. Finalmente, puede establecerse requisitos previos que se relacionen a las relaciones colectivas de trabajo, como el conocimiento previo de un Comité de Empresa o la organización sindical, para que opere el despido.

De las formalidades del despido dependerán las consecuencias jurídicas del mismo. Ahora bien, el ejercicio de esa facultad empresarial debe estar fundada en una causa, pues nuestro Derecho no admite el despido ad nutum, sino que lo sanciona con una indemnización.

### 1.3.2 Despido Propuesta.

En el despido propuesta la voluntad del empleador no es suficiente para extinguir la relación laboral, pues ésta depende de una tercera voluntad “extraña y superior”. Se ha discutido si en estos casos podría seguir hablándose de despido o si es una forma distinta de terminación de la relación laboral, quedando los poderes del empleador reducidos a una mera facultad de iniciativa. La voluntad “extraña y superior” de la que depende la existencia del despido, puede ser emitida por una autoridad administrativa, la autoridad judicial, la organización sindical o los organismos de cogestión de la empresa.

En este despido, su propia existencia (no su validez) no es posible sin seguir las formalidades de la propuesta. Este intervencionismo tiene su fundamento en la protección al derecho al trabajo, imposible de garantizar sin el respeto al principio de estabilidad laboral. (Almansa Pastor, 1968)

## 1.4 El despido y su causa justa.

### 1.4.1 El despido justificado.

El despido justificado es aquel amparado en una “causa justa” que lo autorice. Lejos de debatir nociones de justicia, el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, de la OIT, de 1982, Convenio 158, regula que esta causa justa debe relacionarse a la capacidad o conducta del trabajador y en el caso de la empresa, a sus necesidades de funcionamiento. En el despido



justificado podemos distinguir cuatro tipos de despidos: el despido disciplinario, el despido objetivo, el despido colectivo y el despido por fuerza mayor. (Montoya Megar, 2013)

### 1.4.1.1 *El Despido Disciplinario.*

El *Despido Disciplinario* o Subjetivo surge de un incumplimiento grave y culpable del trabajador a sus obligaciones laborales. Es un caso extremo y se aplica la sanción máxima. Sobre la naturaleza jurídica de este despido, han sido dos las perspectivas que lo analizan: aquella que lo ve como un acto resolutorio que surge del incumplimiento a las obligaciones recíprocas contractuales y aquella que lo analiza como una sanción por una falta fundada en el poder disciplinario del empleador (Montoya Megar, 2013). Acogiendo este segundo criterio, más protector al trabajador, para que proceda este tipo de despido debe respetarse los principios de legalidad y tipicidad, propios del campo penal, pero aplicables en este caso.

Las causas para que proceda este despido son taxativa y sobre su forma, ésta varía según el ordenamiento jurídico: puede operar de forma inmediata como las faltas graves cometidas por trabajadores de las empresas de transporte (Art. 329 del Código de Trabajo), puede requerir una notificación o carta de despido o debe seguirse un trámite administrativo previo, conocido en nuestro país como Visto Bueno (Art. 172 del Código de Trabajo).

Esta terminación de la relación laboral puede ser impugnada únicamente vía judicial. El juez laboral se limita a calificar el despido y no a darle eficacia, debiendo declarar al despido de procedente o improcedente, según su forma y su fondo. En el primer caso se ratifica la terminación de la relación laboral, pero en el segundo supuesto, proceden medidas de reparación, que varía según el país, pudiendo ser es una indemnización fijada por la ley y/o el reintegro a su puesto de trabajo. Este tema lo analizaremos a más profundidad en páginas posteriores.

### 1.4.1.2 *El Despido Objetivo.*



El *Despido Objetivo o por Causas Objetivas*, lo podemos englobar en defectos de aptitud del trabajador o en necesidades de la Empresa (Montoya Megar, 2013). Son causas que no surgen de faltas del trabajador (subjetivas) ni de su voluntad, sino que buscan, en la onda civilista, beneficiar al empresario dejando de lado trabajadores que no tengan la capacidad para prestar la labor o en general, cuando el funcionamiento de la empresa no permita continuar con una relación laboral.

De igual manera, este despido puede adoptar diversas formas: requerir una notificación o carta de despido o debe seguirse un trámite administrativo previo. Esta terminación de la relación laboral puede ser impugnada únicamente vía judicial, debiendo valorarse su forma y fondo.

#### 1.4.1.3 El *Despido Colectivo*.

El *Despido Colectivo* es la terminación de la relación laboral con un gran número de trabajadores y su origen se debe a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Este despido debe encajar en una crisis de la empresa y debe ser debidamente justificado como necesaria. Este despido está muy próximo a la fuerza mayor, requiere generalmente de autorización previa y debe considerarse a los representantes de los trabajadores. (Montoya Megar, 2013)

En Ecuador, este tipo de despido no existe.

#### 1.4.1.4 El *Despido por Fuerza Mayor*.

El *Despido por Fuerza Mayor* sería aquella terminación de la relación laboral que no surge de la voluntad de las partes de la relación laboral y que impida definitivamente que la actividad laboral continúe (Art 169, CT)

### 1.4.2 El despido intempestivo, injustificado o incausado.

Despido intempestivo o injustificado es “*Es la forma unilateral empleada por la parte patronal para dar término a una relación de trabajo existente con una persona, utilizando un método ilegítimo que demuestre tal determinación, con las consiguientes responsabilidades económicas*



*para el patrono*”. (Guzmán Lara, 1986) Debemos aclarar que el autor da esta definición al despido en general, sin embargo, para nuestro criterio la definición es apropiada para el despido incausado.

El tratadista ecuatoriano Joaquín Viteri lo define: “*El despido intempestivo en sí es arbitrario e ilegal, como decisión proveniente de la voluntad del empleador dando por sí y de hecho término a las relaciones de trabajo y poniendo en la desocupación al trabajador, sin causa justificada ni subordinación a las formalidades prescritas.*” (Viteri Llanga, 2006)

El despido intempestivo es definido por el ecuatoriano Rubén Castro Orbe como el “... *acto voluntario, expreso, ilegal y unilateral del empleador o empleadora, mediante el cual se da por concluida la relación laboral por parte de estos sujetos jurídicos, sin que medie una causa justificada para dicha conclusión.*” (Castro Orbe R. D., 2019).

En los sistemas jurídicos, se ha regulado de diversa forma la estabilidad y el derecho al trabajo, pudiendo distinguirse tres tipos. En el sistema de “propuesta de despido” el empleador solicita a un órgano imparcial que se autorice el despedir a un trabajador, no pudiendo terminar la relación laboral sino requiriendo una autorización. En el sistema de “despido libre indemnizado”, el empleador puede terminar la relación laboral siempre que pague el monto de reparación que establece la ley. Finalmente, cuando el despido es despedido injustamente y violentando varios derechos, los sistemas jurídicos no le dan eficacia a la voluntad del empleador, dejando en manos del trabajador el solicitar su reincorporación al puesto de trabajo o ratificar la extinción de la relación laboral con una compensación extra. (Orsini, 2008).

Resaltamos dos hechos: la ilegitimidad de esta decisión y las consiguientes responsabilidades económicas. Sobre el primer punto, se ha superado la concepción que miraba al despido como un derecho del empleador, para considerarlo como un acto ilícito, es decir, un acto prohibido por la ley y que la misma ley lo sanciona. Orsini nos lleva a la discusión entre ilicitud y eficacia del



despido injustificado y concluye “el acto de despido injustificado, pese a su indiscutible ilicitud, es eficaz, porque produce efectos válidos” (Orsini, 2008).

De esta ilicitud contra al derecho al trabajo surge la obligación de repararlo. La reparación puede darse de diferentes maneras: el reintegro al puesto de trabajo es una de ellas. La indemnización es otra forma y podemos distinguir tres tipos: la indemnización fundada en el “salario diferido” constituida por aportes permanentes que regresan al trabajador al terminar la relación laboral, la indemnización por antigüedad considerando los años de trabajo, y la indemnización como sanción por haber abusado del poder disciplinario al actuar sin justa causa. Estas indemnizaciones, sin embargo, no representan un resarcimiento del daño moral que sufre el trabajador. (Rojas Miño, 2013)

#### **1.4.3 El despido injustificado agravado.**

Este tipo de despido representa un importante avance en la protección de la estabilidad laboral del trabajador. Siguiendo al tratadista Juan Ignacio Orsini, los despidos injustificados agravados son aquellos despidos discriminatorios o violatorios de los derechos fundamentales del trabajador. En estos despidos no solo existe una violación al derecho al trabajo como en el despido meramente injustificado, sino que existe otro ilícito como es violentar el derecho a la igualdad y, en general, atentar a los derechos fundamentales del trabajador como el de libre expresión, al de libertad sindical, el de organización, etc. (Orsini, 2008)

Estos despidos, por contener un doble ilícito y ser graves, no deben ser reparados únicamente con un monto económico pues se legitimaría la violación de derechos para el empleador que pueda pagarlos. Estos despidos deberían conllevar como primer acto reparatorio la restitución al puesto de trabajo, a elección del trabajador, y el pago de indemnizaciones superiores en caso de no darse el reintegro.



## 2. Marco jurídico del despido

### 2.1 El trabajo en la Constitución.

Son deberes del Estado el garantizar sin discriminación el efectivo goce de los derechos establecidos tanto en la Constitución de la República como en instrumentos internacionales. Estos derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y tienen igual jerarquía, debiendo ser de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial. En el texto constitucional el trabajo es abordado en dos capítulos. Como derecho del buen vivir y dentro del régimen de desarrollo.

#### 2.1.1 El trabajo como derecho del buen vivir. (Art. 33 Const).

Angélica Porras Velasco nos propone tres tesis para comprender el buen vivir en la Constitución ecuatoriana. Para la autora referida, el *sumak kawsay* justificaría todo el texto constitucional y no solo los derechos económicos, sociales y culturales. Considera además que el buen vivir, en lo social y político, buscaría superar la colonialidad y, finalmente, que en lo económico implicaría: un cuestionamiento al modelo de desarrollo, un cambio de la relación trabajo-capital y de la relación naturaleza-ser humano. (Porras Velasco, 2013)

Para la referida autora el *sumak kawsay* trata de “*un concepto en construcción que exige la concurrencia de distintos saberes y conocimientos, pueden aportar en él tanto la racionalidad occidental como la de los pueblos originarios...*” (Porras Velasco, 2013) y que la Constitución lo recoge como valor, como principio y como regla. Específicamente sobre el trabajo, la autora considera que la Constitución del 2008 representó un cambio en el paradigma en el ámbito económico y que, uno de estos cambios es la centralidad del trabajo, que en otras palabras sería el cambiar la relación capital trabajo, es decir, que el trabajo estaría por sobre los intereses del capital. (Porras Velasco, 2013)



Como derechos del buen vivir el texto constitucional describe al trabajo como un derecho y un deber social y un derecho económico, debiendo el Estado garantizar el respeto a la dignidad de los trabajadores, a su vida decorosa, con remuneraciones y retribuciones justas, trabajo que debe ser saludable y libremente escogido. Sobre este punto, el profesor Rubén Castro Orbe antes de la aprobación del texto constitucional advertía: *“Si el trabajo asume la categoría de derecho económico, se hace necesario eliminar su sujeción a los principios del derecho social para dar cabida a una reubicación de las relaciones laborales en el ámbito jurídico.”* (Castro Orbe R. , 2008) Dejamos sentado este punto únicamente, pues el debate sobre el avance o retroceso en los derechos laborales en la Constitución ecuatoriana excede a esta investigación.

### 2.1.2 El trabajo en el régimen de desarrollo. (Art. 325- 333 Const).

Carlos Blancas Bustamante sobre el catálogo de derechos laborales en las constituciones o lo que él denomina la constitucionalización del Derecho del Trabajo, establece 4 grupos, que consideramos aplicables a la realidad ecuatoriana. Las normas generales de protección, tales como el deber y derecho al trabajo, la protección a la mujer embarazada, la libertad de trabajo, etc. En el segundo grupo estarían los principios de la relación laboral, como igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad de derechos, indubio pro operario, etc. En un tercer grupo, se ubicarían los derechos individuales como el derecho a una remuneración justa, la limitación a la jornada de trabajo, el derecho a la protección contra el despido, etc. Finalmente, en el cuarto grupo estarán los derechos colectivos, como la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. (Blancas Bustamante, 2013)

La Constitución ecuatoriana reconoce al trabajo en todas sus modalidades, pues conforme lo afirma Angélica Porras uno de los avances del texto constitucional es reconocer *“todas las modalidades de trabajo incluidos los de autosustento y cuidado humano y a sus actores como entes*





*productivos.”* (Porras Velasco, 2013). Sin embargo, llama la atención que en los principios laborales del texto constitucional no se haga alusión a la estabilidad o permanencia en el puesto de trabajo, pues únicamente se trata de la estabilidad en el capítulo de la administración pública, en que se delega a la ley el regular la estabilidad de los servidores, mas no de los trabajadores u obreros.

Esta distinción es discriminatoria. Compartimos lo afirmado por Cornaglia: *“La distinción entre la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad del empleo público, no autoriza a extenderla en contra del principio de estabilidad, que impera tanto en el derecho del trabajo como en el derecho administrativo, aunque en este último plano a partir de múltiples regulaciones referidas a la carrera.”* (Cornaglia, 2004)

## **2.2 El despido en los Convenios de la OIT.**

El bloque de constitucionalidad supone la incorporación a nuestro derecho interno de las normas internacionales que sean más favorables en materia derechos humanos. Es la Organización Internacional de Trabajo, creada en 1919, el órgano adscrito a la Organización de Naciones Unidas que fija su objeto en actividad laboral y su protección.

El despido ha objeto de regulación por la OIT mediante tres instrumentos específicos: la Recomendación N° 199 de 1963 o Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. El Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982 o Convenio 158, que en la actualidad tiene la ratificación de 36 países y que en América Latina solo lo ha ratificado Venezuela. El tercer instrumento, es la nueva Recomendación N° 166, también de 1982. Para la OIT un empleador no debería poner término a una relación de trabajo sin que exista una causa justificada, y ésta debe relacionarse a la capacidad o conducta del trabajador o a las necesidades de funcionamiento de la empresa.



El despido injustificado no debe permitirse según el criterio de la OIT. Cabe aclarar que esta protección es únicamente para las relaciones laborales con estabilidad, pudiendo excluirse según el mentado Convenio 158 de la OIT, a contratos de trabajo con duración determinada, por tarea, ocasionales, que no hayan superado el término de prueba, y en general a relaciones laborales especiales que se lleguen a determinar. Se debe aclarar además que la OIT reconoce el despido mediante preaviso o desahucio, siempre que sea dado con un plazo razonable previo o por una indemnización.

El Convenio ha establecido límites a las causas de justificación, prohibiendo aquellos que afectan –a más del derecho al trabajo- al derecho a la organización y libertad sindical, el derecho de queja o reclamo, al derecho a la igualdad y no discriminación por razones como, por ejemplo, la religión o el sexo, se prohíbe el despido por la ausencia de enfermedad, lesión o licencia de maternidad. Aquí encontramos el fundamento para los despidos injustificados agravados.

Frente al despido intempestivo el Convenio de la OIT considera como medidas reparatorias la anulación del despido y la readmisión del trabajador, el pago de una indemnización adecuada u otra forma de reparación apropiada. Frente al despido, salvo que éste ocurra por falta grave, el trabajador debería recibir una indemnización considerando su tiempo de servicios y remuneración y/o prestaciones del seguro de desempleo o de la seguridad social. En este Convenio se establecen también garantías procesales frente al despido intempestivo, lo que estudiaremos con detalle en el Capítulo II de esta investigación. La nueva Recomendación N° 166, también de 1982 desarrolla el Convenio e introduce la protección ante despidos que obedezcan a motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, lo que también analizaremos.

Declaraciones de la OIT, como la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 y la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa del



año 2008, han establecido un “núcleo” de derechos y principios fundamentales en materia de trabajo, de obligatorio cumplimiento inclusive para los Estados que no han ratificado los respectivos Convenios. Son cuatro los derechos considerados fundamentales: la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en las relaciones laborales. La Declaración sobre la justicia social de la OIT refuerza la primera Declaración y profundiza en alcanzar la protección al trabajo decente.

### **2.3 Otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos.**

#### **2.3.1 Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).**

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra al trabajo como un derecho que debe ser libremente escogido y que permita garantizar una remuneración equitativa y satisfactoria, a más de reconocerse a los trabajadores organizados. Sobre nuestro objeto de estudio, expresamente la Declaración establece el derecho de toda persona a la protección contra el desempleo. Esta protección estatal pueden traducirse en varias medidas: prestaciones que permitan al trabajador subsistir; capacitación y facilidades para acceder a un empleo; y, consideramos necesario, protección contra la pérdida del trabajo.

#### **2.3.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).**

En este Pacto los Estados Partes reconocen el derecho al trabajo como un derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. De igual forma se comprometen los Estados a tomar las medidas adecuadas para garantizar este derecho.

Dentro de este pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la Observación General N° 18 el 24 de noviembre de 2005, regulando específicamente el derecho al



trabajo y creando un precedente internacional. Para esta Observación General el trabajo es un derecho fundamental, esencial para la realización de otros derechos humanos, e inherente de la dignidad humana.

Sobre el despido, la Observación referida reconoce su eficacia pero se impone la necesidad de que se funde en “motivos válidos” y de que existan recursos jurídicos y de otro tipo ante el despido improcedente. El Comité propende a la protección para la lucha contra la discriminación de género, garantizando la igualdad de oportunidades y de trabajo, poniendo énfasis que los embarazos no deben constituir un impedimento ni una justificación para la pérdida del mismo. Se busca el apoyo a las personas jóvenes en el trabajo, el proteger al niño de la explotación económica, a las personas mayores de la discriminación, de igual forma a los discapacitados y los trabajadores migratorios y sus familias.

Conforme es conocido los Estados Partes del Pacto tienen la obligación de velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo, existiendo tres tipos de obligaciones: respetar, proteger y aplicar. El respetar limita al Estado de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho. Proteger implica que el Estado establezca medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute. Aplicar implica proporcionar, facilitar y promover este derecho.

En este sentido la Observación General 18, que da contenido normativo al derecho al trabajo, establece que: *“Las medidas específicas para aumentar la flexibilidad de los mercados laborales no deben restar estabilidad al empleo o reducir la protección social del trabajador”* (ONU, 2005). Esta Observación General impone a los Estados adoptar las medidas hasta el máximo de recursos que disponga, regulando su incumplimiento y la obligación de protección estatal.



### 2.3.3 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, 1948) y Protocolo adicional sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988).

La Convención Americana recoge al trabajo sólo desde la generalidad. Así, el trabajo es un derecho y debe ser prestado en condición y a escoger libremente. De igual manera comprende el recibir una remuneración, según su capacidad y destreza, que le asegure un adecuado nivel de vida para él y su familia. Como complemento a la Convención el Protocolo de San Salvador desarrolla los derechos laborales en el ámbito individual y colectivo.

En el Protocolo de San Salvador el trabajo es un derecho para obtener los medios para una vida digna y decorosa. Nos permitimos transcribir las obligaciones que adquieren los estados para el desarrollo de este derecho y la protección ante el despido: *“d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional...”* (Art. 7, Protocolo de San Salvador).

Dentro del ámbito de la Convención, en materia laboral resalta la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001. En esta sentencia la Corte Interamericana condenó a Panamá por la violación de los principios de legalidad y de irretroactividad, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, el derecho de reunión y a la libertad de asociación, consagrados Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Panamá fue responsable por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales en 1990, a quienes se les acusaba de haber participado y ser cómplices en una asonada



militar. Resalta en esta sentencia que, al momento de reparar a las víctimas, se dispuso, entre otros puntos, que sean reintegrados los trabajadores despedidos o que se les dé otras alternativas de empleo similares. Solo en caso de que esto no pudiera ocurrir, debían ser indemnizados como despido incausado. (Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá , 2011)

## **2.4 El Código de Trabajo.**

Nos centraremos en las clasificaciones descritas en la primera parte de este texto. Según *la forma* el despido en el Ecuador puede ser expreso o también estar “encubierto”. Las injurias graves inferidas por el empleador, su familia o sus representantes; la disminución, impuntualidad o no pago de la remuneración; o el obligar a ejecutar labores distintas a las acordadas, son causas de despido indirecto establecidas en la legislación ecuatoriana. (Art. 173, CT). El cambio de ocupación actual, sin consentimiento del trabajador, es también un despido siempre que sea reclamado dentro de 60 días ocurrido el hecho. (Art. 192, CT).

En cuanto a *la eficacia* de la voluntad del empleador, el despido directo es la generalidad en la legislación ecuatoriana, que respeta la decisión unilateral del empresario o Estado y le da el valor extintivo de la relación laboral. En nuestro ordenamiento jurídico el despido directo puede ocurrir mediante un expediente de visto bueno basado en una causa justa, o en caso contrario, se lo considera intempestivo. El despido en forma de preaviso o desahucio ya no existe en la legislación ecuatoriana, pues es una facultad exclusiva del trabajador pedirlo. Sin embargo, en caso de un despido sin justa causa corresponde al trabajador, a más de la indemnización ordinaria, recibir la bonificación por desahucio).

De forma excepcional y reciente, se reconoce la figura del “despido ineficaz”, como aquel que ocurre contra dirigentes sindicales o el realizados a mujeres por su condición de embarazo, en el



cual la voluntad extintiva no surte efectos sino que está sujeto a la “ratificación” del trabajador, quien puede escoger entre una indemnización económica adicional o mantener su puesto de trabajo.

Por *sus causas*, el despido es subjetivo o disciplinario cuando ocurre el incumplimiento grave y culpable del trabajador a sus obligaciones, como: 1) Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo, por abandono al trabajo por un tiempo mayor de tres días consecutivos sin causa justa y dentro de un período mensual de labor; 2) Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados. 3) Por falta de probidad o conducta inmoral. 4) Por injurias graves al empleador, su familia o representantes, 5) Por denuncia injustificada ante el IESS. 6) Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, sus reglamentos o una autoridad competente, o contrarias, sin justa causa, las prescripciones y dictámenes médicos. Todos estos despidos deben tramitarse en un expediente de visto bueno. (Art. 172, CT).

Existen otros despidos disciplinarios que no requieren un trámite previo para terminar la relación laboral. Los aprendices pueden ser despedidos por faltas graves de consideración al empleador, su familia o clientes. (Art. 163, CT).

En el caso de los conductores, maquinistas, fogoneros, guardavías, guardabarreras, guardaguasas y cargos análogos, como el 1) Desempeñar el servicio bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de alucinógenos o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas; 2) Faltar a su trabajo sin previo aviso y sin justa causa, por más de veinticuatro horas; 3) El retraso sin justa causa al servicio, cuando se repita por más de tres veces al mes y, 4) la inobservancia de los reglamentos de tránsito y de los especiales de la empresa, legalmente aprobados, en lo que se refiere a evitar accidentes (Art. 329 del Código de Trabajo).



Otro caso de despido disciplinario es el que ocurre cuando un trabajador, al ejercer el derecho de huelga, realiza actos de violencia contra las personas u ocasiona perjuicios de consideración a las propiedades de la empresa.

El *despido objetivo o por causas objetivas*, se fundamenta en defectos de aptitud del trabajador o en necesidades de la Empresa. En nuestra legislación se establece la ineptitud manifiesta del trabajador (Art. 172 Numeral 5, CT) y requiere que este despido sea tramitado mediante un trámite de visto bueno. En el caso de los aprendices el despido objetivo ocurrirá por incapacidad manifiesta o negligencia habitual en el oficio, arte o trabajo, sin necesidad de un trámite previo. (Art 163 Numeral 2, CT).

El despido incausado es sancionado por el Código de Trabajo con una sanción económica que se basa en el tiempo de servicio y una remuneración. El despido incausado agravado de forma reciente ha sido normado en el cuerpo sustantivo al regular los despidos ineficaces de los dirigentes sindicales y las mujeres embarazadas. El *Despido Colectivo* fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no existe en nuestra legislación. El Despido por Fuerza Mayor pueda asimilarse a la liquidación de la empresa regulada en nuestro ordenamiento jurídico (Art. 193, CT).

### **2.5 La jurisprudencia.**

La Corte Nacional de Justicia en sus fallos ha considerado al despido intempestivo como un medio ilegítimo para terminar a relación laboral. (Gaceta Judicial. Año XCIX, 1999) Esta definición pone al trabajo fuera de la lógica del mercado y visualiza al despido como una violación a este derecho, como un acto prohibido por la legislación ecuatoriana y que, en caso de suceder, conlleva una sanción establecida en la norma. Como explica el profesor Cornaglia aplicable a la legislación ecuatoriana: “*No es cierto que la ley laboral permita el despido por el pago de una indemnización.*”





*Lo que hace la ley es sancionar el acto ilícito mediante una indemnización tarifada. Pero ello no purga la ilicitud del acto”* (Cornaglia, 2004) Compartiendo con este criterio, el profesor ecuatoriano Rubén Castro Orbe precisa: *“Por la naturaleza ilegal e injustificada del acto que rompe el contrato de trabajo o lo irrespete en el derecho subjetivo de mayor relevancia para el trabajador o la trabajadora, su derecho a trabajar y a la estabilidad, el régimen jurídico sanciona el acto con la obligación de indemnizar a la parte afectada.”* (Castro Orbe R. D., 2019)

Para la Corte Nacional el despido es un hecho cierto, positivo y objetivo, es decir, un acto unilateral y arbitrario, que se produce en terminados tiempo, lugar y particularidades específicas. (Gaceta Judicial. Año LXXXIII, 1983) El despido indirecto ha sido descrito por la Corte Nacional como aquel comportamiento del empleador que imposibilita al trabajador la continuidad en la prestación del servicio. (Gaceta Judicial. Año XCVII , 1997) (Gaceta Judicial. Año LXXXVIII, 1987) Es un hecho impeditivo, una conducta negativa del empleador.

## **2.6 En el Derecho Comparado.**

Analizaremos Argentina, México, Colombia y España.

### **2.6.1 Argentina**

Entre los temas novedosos de la Ley N° 20.744 o Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, podemos indicar que el despido con justa causa, no requiere un procedimiento administrativo previo. El empleador es quien debe notificar su voluntad de terminar la relación laboral y en esta notificación describir el motivo o las causales por las cuales termina la relación laboral. De considerarlo el trabajador puede impugnar esa decisión directamente en la administración de justicia.

Sobre los despidos intempestivos su sanción es una indemnización basada en la antigüedad y la remuneración. En el caso de despidos agravados la ley prohíbe todo tipo de discriminación y se



establecen casos como el despido por razones de embarazo y por matrimonio, casos en los cuales si ha existido una notificación previa al empleador de su condición de embarazo o matrimonio, se presume que el despido fue por esa causa y la sanción es una indemnización adicional de un año de remuneraciones.

El despido mediante preaviso o desahucio es facultad del empleador, con la particularidad que la jornada de trabajo disminuye dos horas diarias para facilitar al trabajador encontrar otra labor. En Argentina el contrato a plazo fijo puede durar máximo cinco años.

### 2.6.2 México.

La Ley Federal del Trabajo de México parte de la presunción de relación laboral en el caso de que exista un trabajo subordinado. En el despido justificado establece quince causas en las cuales el empleador puede dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad, requiriendo una notificación por escrito en la que describa las conductas que motivan la terminación del contrato y las fechas en las que ocurrieron. Si el despido se produjere sin notificación previa se presumirá un despido injustificado.

En México el despido tiene una eficacia directa, sin necesidad de una autorización. El trabajador perjudicado puede solicitar ante la Autoridad Conciliatoria o el Tribunal que este despido se deje sin efecto, operando el reintegro a su trabajo o una indemnización de tres meses de salario, a la que se deberá agregar los salarios vencidos que dejó de percibir. Sin embargo, el derecho al reintegro no es absoluto, dependerá del tiempo de labor, del tipo de contrato y si por su contacto directo con el empleador la relación pueda normalizarse. En caso de no estar de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal se podrá recurrir a la vía jurisdiccional.

### 2.6.3 España



La Ley del Estatuto de los Trabajadores de España parte de diferenciar dos tipos de despidos: el individual y el colectivo. El despido colectivo es una novedad española y se cataloga así a los despidos que realizan las empresas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, según el número de trabajadores y dentro de un trimestre. En este despido tiene un papel fundamental la organización sindical, pues existe un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores a fin de evitar estos despidos y atenuar sus consecuencias.

El Código español también ha desarrollado con mucho detalle el despido objetivo y el despido disciplinario, que no requiere autorización de un tercero sino que opera mediante una comunicación escrita del empleador indicando el motivo en el cual se funda. Ante la impugnación de un despido éste podrá ser calificado de procedente, improcedente o nulo. En el primer caso cuando sea acredite el incumplimiento que haya alegado el empleador. En el caso contrario, declarado un despido como improcedente el empleador podrá optar por reintegrar al trabajador pagando las remuneraciones vencidas o terminar la relación laboral por una indemnización; salvo el caso en que el despido haya ocurrido contra dirigentes sindicales, en el cual es el trabajador el que escogerá reintegrarse o no a su puesto de trabajo.

El despido será nulo cuando se trate de un despido agravado. La legislación española es la más avanzada en regular este tipo de despidos que se basan en causas de discriminación prohibidas o que ocurran con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y de manera específica es nulo el despido ocurrido a una mujer por causa de embarazo o durante la suspensión de un contrato de trabajo. Calificada la nulidad de un despido se deberá dar el reintegro inmediato del trabajador y se cancelarán las remuneraciones pendientes.

### 2.6.4 Colombia.



El Código Sustantivo del Trabajo de Colombia dentro del despido con justa causa desarrolla de manera exhaustiva los motivos por los cuales estos puedan operar. En el caso de los despidos agravados se prohíbe el despido intempestivo de la mujer a causa de su embarazo y lactancia, estando el patrono en obligación de conservar el puesto de trabajo. De producirse el despido intempestivo éste es nulo. Sin embargo, esto no significa que no se puede terminar una relación laboral, sino que es necesario un permiso para despedir, es decir, una autorización de la Inspección de Trabajo o del Alcalde municipal que luego de dar la oportunidad de la defensa al trabajador y presentadas las pruebas, va a tener que determinar si efectivamente existe una justa causa para terminar la relación laboral. De no procederse de esta manera, el despido es nulo.



## Capítulo II

### La carga de la prueba en el despido intempestivo.

#### 1. Sobre el Derecho Procesal Laboral

Al Derecho Procesal lo podemos visualizar desde dos ópticas: como ciencia y como objeto de estudio. Como ciencia es el estudio del conjunto de normas que regulan el inicio, desarrollo y terminación de un proceso judicial, así como las normas orgánicas referentes a los órganos estatales que intervienen en el proceso. Como objeto de estudio comprende el conjunto de normas y principios que regulan los procesos jurisdiccionales y también la integración y competencia de los órganos que intervienen. El Derecho Procesal posee tres características: de derecho público, de carácter instrumental y, pese a lo indicado, tiene su autonomía frente a las otras ramas del derecho sustantivo. (Ovalle Favela, 2001)

Junto a la Teoría General del Proceso, que es la parte general del Derecho Procesal, podemos distinguir diversas disciplinas. Esto no quiere decir que el Derecho Procesal no sea un ente unitario. Siguiendo las ideas de *Carlos Viada y Héctor Fix-Zamudio*, citado por Ovalle Favela, en la parte especial del Derecho Procesal y según la materia que regule, podemos distinguir tres tipos de procesos: un proceso de interés individual o privado en el que predomina el principio dispositivo, un proceso de interés social en el que predomina el principio de igualdad por compensación y, finalmente, un proceso de interés público, en el que prima el principio publicístico. (Ovalle Favela, 2001)

En base a lo indicado distinguimos un Derecho Procesal Dispositivo, un Derecho Procesal Social y un Derecho Procesal Publicístico. Conforme indicamos, el Derecho Procesal Social tiene como principio procesal fundamental el principio de igualdad por compensación o principio de



justicia social y aquí lo encontramos al Derecho Procesal del Trabajo, al Derecho Procesal Agrario y al Derecho Procesal de la Seguridad Social. Esta rama del Derecho procesal parte de la desigualdad económica y social que existe en nuestras sociedades y no de la igualdad formal que existe ante el ordenamiento jurídico: de las desigualdades en el mundo concreto, y no desde la abstracción jurídica.

Una de sus características del Derecho Procesal es ser un instrumento del derecho sustancial: estar relacionado y llevar características del derecho sustantivo. Este carácter instrumental no funciona como un reflejo, pues la ciencia procesal tiene autonomía con relación a las diversas ramas del Derecho. Es decir, a pesar de que se encuentra influido por lo sustantivo, tiene su especificidad.

De ahí la existencia del Derecho Procesal Laboral. El ecuatoriano Luis Cueva Carrión explica que ciencia procesal se dividía inicialmente en el Derecho Procesal Civil, el Derecho Proceso Penal y el Derecho Administrativo, teniendo como base filosófica jurídica el liberalismo burgués y una visión individualista del mundo; con posterioridad y, por qué no decirlo de forma reciente, distinguimos un Derecho Procesal Laboral con principios propios que representen el matiz protector a los trabajadores. (Cueva Carrión, 1994)

Mario Pasco Cosmópolis, comprendiendo que la finalidad del Derecho Procesal es hacer real la parte sustantiva, distingue tres principios esenciales del Derecho Procesal Laboral, que los identifica como principio de veracidad, principio protector (principio de disparidad social, correctivo de la desigualdad social o de desigualación compensatoria) y criterio de conciencia en la exégesis de la prueba y equidad en la resolución. Del principio protector se deducirán las reglas pro operario, en las que estaría el indubio pro operario, de la norma más favorable, de la condición más beneficiosa y de la retroactividad de la ley laboral en ciertos casos. Comprendiendo además



reglas como la iniciación de oficio del proceso o de la redistribución de la carga probatoria. (Pasco Cosmópolis, 1994)

De los principios que inspiran cada uno de los procesos dependerá la actuación que cada parte debe realizar en el proceso. Sentado que el Derecho Procesal Laboral, instrumental del sustantivo, busca proteger al trabajador, la obligación probatoria debe ser repartida con ese objetivo. Es decir, para la eficacia de la protección que las normas sustantivas dan al trabajador, es necesario que exista un procedimiento especial que recoja esa matriz tutelar y regule el reclamo de los derechos. Al otorgamiento de derechos corresponde un proceso para que éstos se respeten.

## **2. Sobre el Derecho Probatorio.**

Sentada la existencia de un Derecho Procesal propio para las relaciones laborales corresponde analizar un punto trascendental en el mismo: la prueba.

El Derecho Probatorio *“hace parte del procesal, y que sólo por error –un error histórico-, de las pruebas judiciales se ocupan los sustantivos.”* (Rodriguez, 1990). El Derecho Probatorio como parte del Derecho Procesal, tiene una vital importancia para el objetivo mismo del proceso. Cabe aclarar de entrada la autonomía de esta rama del Derecho y, como se afirma, que por un “error histórico” normas relativas a la prueba fueron inicialmente desarrolladas en los códigos sustantivos, para con posterioridad formar parte de los códigos procesales, aspecto que se ve claramente en la materia penal (delitos y el proceso), por ejemplo.

Derecho Probatorio y pruebas no son sinónimos. El Derecho Probatorio trasciende lo que denominamos pruebas judiciales pues como rama del Derecho contiene un conjunto de principios jurídicos que debate, investiga y guía lo que debemos entender por prueba y cuyo producto lo podemos ver de distinta manera, a través de las normas jurídicas. La prueba es el objeto de estudio.



Enseñaba Carneluti que la prueba es la “...demostración de un hecho, o sea el conjunto de los medios que sirven para hacer comprobar al juez la verdad de los hechos afirmados”. (Carneluti, 2000). En estricto sentido, la prueba responde a los hechos concretos y sobrepasa lo jurídico. La prueba es extrajurídico. La prueba es la huella de los hechos concretos, de la realidad misma que se verifica en un espacio y tiempo determinado. Al referir a pruebas judiciales referimos a aquellos hechos que han sido incorporados a un proceso judicial de acuerdo a lo prescrito por la norma procesal.

Sin embargo, es la realidad la fuente de la prueba y es la forma o el instrumento en la que le incorporamos al proceso, el medio. ¿Cómo se descubre el pasado? A través de las huellas que deja un hecho. Un punto fundamental a considerar es que la ciencia, tiene como objetivo alcanzar la verdad, mediante un proceso determinado, verdad considerada como juicio que concuerda con la realidad. Nuestro conocimiento será verdadero en la medida de que esté apegado a la realidad.

En el *deber ser*, el juez debe alcanzar la verdad judicial (verdad relativa) y resolver con esa base la controversia. Hablamos de verdad relativa pues se basa en las pruebas aportadas al proceso, que puede ser distinta a los hechos mismos, pero que el juez los debe tomar para su fallo. El juez debe revolver según los hechos que le han sido puestos a su conocimiento, coincidan o no con la realidad. Claro está: el papel del juez sería de mero espectador, hecho que está cambiando por el de un juez activo.

En esta parte introductoria, cabe aclarar que la tecnología, el uso de mensajes de datos, correos electrónicos, redes sociales, grabaciones, audios, ha permitido que el mundo real sea más “aprehensible” por el juez y, por consiguiente, que nos aproximemos a sentencias más “justas” (entendida por justicia la aplicación de la ley al caso concreto). La facilidad tecnológica para captar un hecho son las huellas de la realidad que le permitirá al juez aproximarse a ella.





### 3. La carga de la prueba en materia laboral.

Hemos precisado algunos puntos sobre el Derecho Procesal Laboral y el Derecho Probatorio.

El aspecto a discutir ahora es la carga de la prueba en materia laboral.

Para Taruffo *“La función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados.”* (Taruffo, 2015). Efectivamente, cuando las pruebas aportadas al proceso no dejan dudas sobre los hechos, corresponde la aplicación de la norma jurídica al caso concreto. Distinto sucede cuando se carezcan de pruebas o éstas sean insuficientes, dejando al juzgador el trabajo de resolver según la obligación probatoria que tienen las partes procesales. Desde la visión procesal tradicional, propia del derecho procesal civil, a quien alega un hecho le corresponde el probarlo.

Sobre este punto, recalcaremos dos aportes de Carnelutti al análisis de la carga de la prueba. La primera es la distinción que realiza entre lo que es carga y lo que es obligación. Explica el autor referido que la no realización de un acto trae como consecuencia una sanción: cuando esta sanción es una pena, estamos frente a una obligación; sin embargo, cuando de la inacción solo se pierden sus consecuencias útiles y perjudica a quien debía actuar, estamos frente a una carga. En sus propias palabras: *“...obligación y carga tienen de común el elemento formal, consistente en el vínculo de la voluntad, pero divergen en cuanto al elemento sustancial, porque cuando media obligación, el vínculo se impone para la tutela de un interés ajeno y cuando hay carga, para la tutela de un interés propio.”* (Carneluti, 2000)

El segundo aporte que recogemos versa sobre la *función* de la carga de la prueba. Carnelutti considera que la función de la carga es *“...estimular a la parte gravada para que suministre al proceso la prueba de que tiene necesidad”* (Carneluti, 2000). Ante la fijación de los hechos controvertidos que el juez desconoce, son las pruebas las que van a determinar su resultado y sobre



quién debe probar un hecho no es exacto el considerar que la parte interesada debe justificar su afirmación pues *“mientras el interés de la afirmación es unilateral (...) el interés en la prueba (en la demostración) es bilateral, en el sentido que una vez afirmado un hecho, cada parte tiene interés en suministrar la prueba respecto del mismo: una tiene interés en probar su existencia y otra su inexistencia”* (Carneluti, 2000). Aunque claro, la carga de la prueba debe ser considerada cuando el juez de los otros medios probatorios no pueda conocer la verdad de los hechos.

El peruano Mario Pasco Cosmópolis, al tratar este tema, parte del principio protector como principal principio del Derecho Procesal del Trabajo, pues *“...la posición preminente del empleador frente al trabajador propias de la relación de trabajo, se trasladan a la relación jurídico-procesal, donde adquiere nuevas manifestaciones”*. (Pasco Cosmópolis, 1994) A fin de que este principio protector se verifique en la práctica, el autor peruano considera que, a diferencia de un proceso civil, en un proceso laboral el trabajador como actor debe estar exonerado en lo sustancial de aportar prueba pues ésta carga –según su criterio- principalmente debe recaer en el empleador, pues, inclusive en legislaciones como la peruana, la demanda que presenta el trabajador tiene una presunción de veracidad, presunción juris tantum.

El autor peruano, sin embargo, realiza dos precisiones. Coincide con Carneluti al afirmar que la de probar, jurídicamente, es una carga y no una obligación, pues su incumplimiento no acarrea una sanción sino que se limita a un perjuicio a los intereses de quien no aporta prueba, debiendo hacerlo. La segunda precisión y que consideramos fundamental es la de asumir el término *redistribución* de la carga probatoria en la materia laboral y no de reversión o inversión de la misma, pues si hablamos de reversión o inversión estaríamos suponiendo que se trastocan las reglas de la carga probatoria, cuando lo que sucede en materia laboral es que la carga probatoria recae en el empleador, no



existiendo ninguna inversión. Por lo tanto, lo que se realiza es una distribución de la carga “de modo diverso” o desigual.

Siguiendo el análisis de la carga de la prueba en un proceso laboral, el tratadista español Antonio Baylos enseña que la igualdad de las partes es un elemento propio del proceso civil que parte de concebir vínculos entre personas libres e iguales. Es decir, la igualdad de las partes es el reflejo de la igualdad formal en cuanto ciudadano. Señala el autor español “*El carácter compensador e igualador, en el aspecto sustantivo, del ordenamiento laboral, ha de tener, lógicamente un correlativo en los aspectos procesales, con consecuencias de corrección de la desigualdad social y económica*” (Baylos, La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva., 1994). Por este motivo, considera adecuado que, así como se realiza en la legislación española, en el ámbito laboral se utilice el término *equilibrio procesal*, pues éste sería un concepto jurídico normativo que implicaría tomar los elementos formales y materiales de la igualdad. Es decir, la igualdad procesal formal se incluiría dentro del concepto equilibrio procesal, pero considerando la realidad material de las relaciones laborales.

Para Baylos el hablar de equilibrio procesal permite garantizar el derecho a la defensa y más aún, impide la indefensión de la parte más débil de la relación laboral. Por el dominio y proximidad a las fuentes de prueba que tiene el empresario, entregar la obligación de probar al trabajador significaría en muchos casos dejarlo en indefensión, sin posibilidad de practicar prueba que demuestre los hechos que alega, afectando el derecho a una tutela judicial. En otras palabras, para la vigencia del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva dentro de un proceso laboral, es necesario que el peso de probar esté en quien tiene mejores condiciones de aportarla, pues caso contrario estaría perpetuando la desigualdad económica y social. (Baylos, La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva., 1994)



En Ecuador los procesos laborales se regulan por el Código General de Procesos y el Código de Trabajo, pues no existe un código procesal laboral propio. En el Código General de Procesos, encontramos la norma general que atribuye a quien alega la carga de probar los hechos: a la parte actora el probar los hechos constitutivos y a la parte demandada la de probar los hechos impeditivos o extintivos que afirma. De forma más concreta, la parte actora debe justificar los hechos que ha indicado en su demanda y que no han sido aceptados, pero la carga de la prueba también corresponde a la parte demandada, si su contestación no ha sido simple o absolutamente negativa, sino que realiza afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. (Art. 162 y 169, COGEP)

Esta norma, similar a la del Código de Procedimiento Civil anterior, lo ha recogido la Corte Nacional de Justicia, en sus fallos. Un ejemplo: *“Corresponde al empleador la carga de la prueba si éste contradice, explícita o implícitamente, los hechos afirmados por el trabajador en su demanda”*. (Resolución N° 0230-2013, 2014)

Sin embargo, pese a no existir una norma procesal propia, la Corte Nacional de Justicia considerando el principio tutelar que debe guiar al proceso laboral, ha tenido fallos como el siguiente: *“En esta materia no siempre es aplicable la fórmula resumida en la frase “actor incumbit onus probandi”, pues el empleador demandado está obligado a probar sus afirmaciones, prodandi incumbit qui dicit, non qui negat. Ej. El abandono del trabajo, el pago de remuneraciones, etc.”* (Reclamos Laborales, 2009). Para la Corte Nacional *no siempre* el actor está obligado a probar sus afirmaciones, pues también está obligada la parte demandada y lo ha recogido en el aforismo *“la prueba incumbe al que afirma, no al que niega.”*

Este criterio de la Corte Nacional, se apega a la teoría de la actividad procesal de la prueba que considera necesario reemplazar el concepto carga de la prueba en el que únicamente corresponde



a las partes que alegan un hecho la obligación de aportarlas, por el concepto de la actividad procesal de la prueba, en el cual las partes tienen la obligación de aportar las pruebas que dispongan, es decir, las que están a su alcance. Por lo tanto, no podría pedírsele al trabajador que presente prueba documental que no está a su alcance ni exigírsele que presente testigos a compañeros de trabajo que siguen laborando en la empresa.

Dejando de lado la fórmula tradicional de quien alega un hecho debe probarlo, en el campo procesal se ha teorizado que en el tema probatorio existirían cargas dinámicas: *“Si es el demandado quien se encuentra en mejores condiciones de demostrar determinados hechos, será a él a quien le corresponda acreditarlos y no al demandante (...) encuentra su fundamenta en las normas constitucionales que consagran el principio de equidad, toda vez que en algunas ocasiones éste puede verse vulnerado por la exigencia hecha a la parte actora de aportar determinadas pruebas al proceso dada su dificultad (...) Sin embargo, en otros casos es la parte actora la que está en condiciones de aportar los medios de convicción pertinentes, por lo cual resulta innecesaria la inversión de la carga de la prueba que conlleva la presunción de falla del servicio...”* (Nisimblat, 2011)

Podríamos decir, entonces que en Ecuador en materia laboral no existe una norma procesal que ordene la inversión o redistribución de la carga de la prueba a favor del trabajador. Que ante una alegación de parte del demandado, en que se afirme hechos extintivos que contradigan la alegación del actor, correspondería de principio probar sus afirmaciones. Sin embargo, dado el carácter protector del Derecho Laboral, no por una norma expresa, si bien las partes están obligadas a probar los hechos que afirman, por el carácter tutelar, por principios como el de las cargas dinámicas o teorías como la de la actividad procesal, a la parte empleadora le corresponder probar el cumplimiento de sus obligaciones.



Cabe aclarar: no se puede exigir a las partes probar que un determinado hecho no ocurrió. En otros términos, no corresponde al trabajador justificar, por ejemplo, que no hubo pago de remuneraciones pues estaríamos frente a un caso de prueba diabólica, imposible de cumplirla. La existencia de una relación laboral implica obligaciones para el empleador y trabajador, y corresponde a quien debió cumplir sus obligaciones el justificar que así lo hizo.

En este punto debemos hacer una precisión que luego será analizado en detalle. Hemos analizado la carga de la prueba en procesos laborales comunes y no de los derechos laborales que puedan objeto de una acción de protección constitucional.

Para cerrar este subtema, es preciso subrayar que el avance tecnológico está permitiendo contrarrestar de alguna manera la dificultad probatoria que tiene el trabajador en un proceso judicial. El uso y propagación de plataformas digitales en la relación laboral, mensajes de datos, redes sociales, archivos de audio y video, aportan nuevos elementos probatorios que permiten que la verdad procesal se acerque cada vez más a la realidad.

### **3.1 La carga de la prueba en el despido intempestivo.**

#### **3.1.1 La carga de la prueba en despidos injustificados comunes.**

A diferencia del criterio tutelar que la Corte Nacional ha precisado para los procesos laborales, en el despido existe un trato distinto. La ex-Corte Suprema de Justicia, en fallo de triple reiteración, ha sido clara al indicar que quien alega ser víctima de un despido intempestivo tiene la carga probatoria de su afirmación: *“Al demandante correspondía demostrar el despido intempestivo del que afirma fue víctima, puesto que, siendo éste un hecho que sucede en determinado tiempo y lugar era de su obligación justificarlo.”* (La alegación de despido intempestivo se debe demostrar, Recopilación 1996).



Este criterio de la Corte Nacional es aplicable salvo que, como se advirtió, el empleador demandado alegue hechos contrarios, por ejemplo, un abandono de trabajo, en el que quedará obligado a probarlo. Recogemos la opinión del Dr. Rubén Castro Orbe, laboralista ecuatoriano: *“Para el caso del despido no hay obligación que probar, sino la existencia del acto y la responsabilidad imputables a la parte empleadora (o a quien la represente). Hay, sin embargo, la salvedad que alude al caso en el que el empleador(a), en la contestación a la demanda, contradiga explícita o implícitamente los hechos afirmados por el trabajador en su demanda, en cuyo caso le corresponde la carga de la prueba.”* (Castro Orbe R. D., 2019)

### 3.1.2 La carga de la prueba en despidos injustificados agravados.

Los despidos injustificados agravados merecen un tratamiento especial. Retomemos a Juan Ignacio Orsini quien explicaba los despidos injustificados agravados como aquellos despidos discriminatorios o violatorios de los derechos fundamentales del trabajador, constituyendo un doble ilícito pues no solo existiría una violación al derecho al trabajo sino una violación adicional como el derecho a la igualdad, a la libre expresión, la libertad sindical, el de organización, etc. (Orsini, 2008) Este tipo de despidos, por la gravedad que representan, debería tener un trato especial en cuanto a la prueba y su reparación.

En Ecuador el legislador ha regulado de forma diversa los despidos agravados a ser reclamados en sede laboral. El despido discriminatorio en general, que sería aquel que ocurriría *“por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos...”* (Art. 195.3, CT). Como despido agravado también regula el que ocurre en *“(...) una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad”* (Art. 195.3, CT). Otro despido agravado sería aquel que ocurre contra un trabajador mientras éste padeciere de enfermedad no profesional que le inhabilite laborar, siempre que ésta no excede da



un año (Art. 175, CT). Finalmente, el despido de “(...) *trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad...*” y de dirigentes sindicales, que lo describe como despido ineficaz (Art. 195.1 CT). Cabe hacer esta diferencia pues su tramitación, prueba y reparación son distintos.

Ante estos despidos el legislador ecuatoriano ha establecido un trámite especial en sede laboral para su reclamo únicamente en lo referente a los despidos ineficaces contra mujeres por su estado de embarazo o contra dirigentes sindicales. Una figura bastante similar al despido nulo existente en el Derecho Comparado. Los otros tipos de despidos agravados, como lo ha regulado el legislador, deberán seguirse en la vía laboral ordinaria. Sin embargo, consideramos que en caso de discriminación o violación de derechos fundamentales, es posible una doble vía: la ordinaria en sede laboral en la que se reclamaría una indemnización o una acción de tutela que permitiría una reparación integral a la violación de derechos.

Como bien señala el profesor Elmer Arce, y que consideramos aplicable a la legislación ecuatoriana, dos rasgos fundamentales diferencian una demanda de violación de derechos fundamentales del trabajador, reclamadas en vía de tutela o en vía ordinaria laboral: la dificultad probatoria que tiene el trabajador y la forma de reparación que se da a la violación de derechos. (Arce, 2012)

A continuación analizaremos la prueba de los despidos agravados según la vía en la que es reclamada.

#### **4. La prueba en despidos agravados reclamados en sede laboral.**

Elisa Lanás, nos indica lo siguiente: “*Respecto a los despidos intempestivos discriminatorios, aparte de las excepciones en los casos de embarazo, enfermedad o actividad sindical en que no es preciso demostrar que la separación se produjo por causas discriminatorias, sino únicamente que*





*el empleador conocía de la existencia de una de las circunstancias señaladas, en el resto de supuestos la actividad probatoria es consustancial a la actuación procesal (...) a la vista de lo complejo que es probar actos de discriminación que provienen de particulares (...) cuando un trabajador se siente discriminado de forma ilegítima, es necesario que se produzca una modificación de las reglas de la carga de la prueba” (Lanas Medina, 2010)*

En sede laboral en el caso de los despidos agravados, se ha establecido un trámite especial únicamente en los casos en que un despido es considerado ineficaz, como ya hemos indicado. Sobre el tema probatorio de forma expresa se prescribe que a la demanda y a la contestación a la misma se deberá acompañar la prueba que se disponga o solicitar las que consideren pertinentes, no existiendo por tanto diferencia a una demanda laboral común. (Art. 195.2 del Código General de Procesos).

Centrándonos en el despido ineficaz, este proceso tiene como único objeto verificar la existencia del despido y declarar su ineficacia, sin que se establezca una inversión de la carga de la prueba, por lo tanto, en principio se deberá probar el hecho del despido por parte del trabajador. Conforme se ha venido tramitando por la administración de justicia, para la declaratoria del despido ineficaz, el trabajador debe justificar tres hechos: que fue objeto de despido intempestivo, que es un dirigente sindical o una mujer embarazada, y que su acción fue deducida en el plazo fijado por la ley. (Sentencia de despido ineficaz, 2018)

Cabe hacer un reparo en este punto. A los requisitos que ya establece el Código de Trabajo y que hemos descrito en el párrafo anterior, la Corte Nacional de Justicia ha declarado como Precedente Jurisprudencial Obligatorio el que el empleador sea notificado previamente sobre la condición de embarazo, salvo que este sea notorio, de igual manera que debe notificar el trabajador indicando que es un dirigente sindical. (Fallo de triple reiteración: garantías a mujer en estado de



gestación. Precedente Jurisprudencial Obligatorio, 2016). En este fallo, podemos deducir que para la Corte Nacional en los despidos ineficaces considera que el trabajador no solo debería probar que el despido ocurrió, sino que debe justificar que el empleador conocía su condición (aspecto subjetivo), requisito que no *establece la ley*.

En palabras del profesor Rubén Castro Orbe, el requisito que ha establecido la Corte Nacional de Justicia: *“Es (...) una apreciación que vulnera aspectos básicos de una interpretación jurídica rigurosa. Primero, la norma no establece ningún requisito y remite la situación jurídica a la existencia de una condición fáctica y no determina procedimiento alguno; segundo, la interpretación es innecesaria puesto que la norma no tiene oscuridad ni requiere hacer más ejercicio que el de su comprensión obvia; y, tercero, si alguna ambigüedad u oscuridad se desprende la norma que provoque duda sobre su sentido, la Constitución y el CT obligan a la aplicación del principio in dubio pro operario, esto es en el sentido que más favorezca a la persona trabajadora. De ello, la postura de la CNJ es inconstitucional e injurídica y crea requisitos exagerados que atentan contra el derecho a la estabilidad laboral.”* (Castro Orbe R. D., 2019)

En el caso de despidos por discriminación, a personas con discapacidad o por motivos de enfermedad, el legislador ecuatoriano no ha creado un proceso especial, ni mucho menos existe normas especiales sobre la carga de la prueba, debiendo en principio seguirse el criterio que ha mantenido la Corte Nacional de Justicia: el trabajador que alegue despido incausado, debe probarlo.

Este criterio legalista que ha llevado la Corte Nacional de Justicia y la inapropiada y confusa normatividad que se ha emitido al respecto, no es compatible con un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. La Corte Constitucional de Ecuador en sentencias como N° 080-13-SEP-CC (Caso N° 0445-11 EP, dado el 09 de octubre de 2013) han opinado de forma distinta al Criterio de la Corte Nacional.



Por la importancia del caso referido, haremos una reseña. Un servidor público fue destituido por ausencia injustificada y repetida a su puesto de trabajo. Este servidor destituido era portador del VIH, diagnosticado además con un tumor maligno. El juez de primer nivel y el tribunal de apelación, negaron una acción de protección planteada, alegando que la terminación de la relación laboral obedeció a un sumario administrativo y que el mismo se había seguido conforme a la ley.

Para la Corte Constitucional, el juez de primer nivel y el tribunal de alzada, debieron indagar sobre los factores de vulnerabilidad del accionante, pues portaba VIH y un estado de salud catastrófico. Para la Corte Constitucional el análisis del juzgador, en un proceso administrativo o judicial, no debió quedarse en el cumplimiento formal de las normas, sino en primer lugar, vigilar el respeto de los derechos y descartar la existencia de discriminación, debiendo el juzgador actuar con mayor diligencia, utilizando si consideraba necesario la categoría de los “criterios sospechosos”.

Este criterio de la Corte Constitucional exige que, ante una terminación unilateral de la relación laboral, es el juzgador quien debe tener un papel activo y descartar la existencia de discriminación. Ante la violación de derechos constitucionales no cabe el diferenciar la instancia administrativa o judicial para que se cumplan los mismos. La autoridad administrativa y la autoridad judicial, están obligadas a vigilar que no se vulneren derechos fundamentales del trabajador y no quedarse en el análisis formal.

Un ejemplo de lo anterior sería, un visto bueno o un despido de una persona con más de 60 años, en el cual cabría descartar en primer lugar que la terminación de la relación laboral se deba a su edad. En caso de que existan “criterios sospechosos” de que el despido intempestivo esconde discriminación y es violatorio de derechos fundamentales, corresponde redistribuir la carga de la prueba, pues ante la sospecha es el empleador quien probar de forma “razonable y suficiente” que



su actuar no obedece a discriminación. Conforme hemos analizado, esta redistribución de la carga probatoria en material laboral, ante la sospecha de que existe violación de derechos, busca evitar la indefensión del trabajador y la tutela judicial efectiva de sus derechos.

La Corte Constitucional indica “...no es una condición absoluta que un empleador no pueda dar por terminada una relación laboral con un trabajador portador de VIH o enfermo de SIDA, lo que exige esta Corte es una carga argumentativa y probatoria mayor a cargo del empleador, que justifique de manera razonable y suficiente ante autoridad competente que una presunción prima facie de la vulneración de derechos en este tipo de casos específicos... Bajo ningún motivo el empleador podría justificar un despido o terminación de la relación laboral en argumentos que se agoten en el rendimiento de las actividades laborales del trabajador...”. (Sentencia 080-13-SEP-CC, 2013)

Es decir, cuando existe un trato desigual corresponde verificar si guarda conformidad o no con la Constitución, debiendo el Estado justificar que la norma cuestionada guarda razonabilidad con sus objetivos. Y no solo esto, pese a que pueda mostrarse razonables, se da la inversión de la carga probatoria dado que se trata de una “categoría sospechosa” y corresponde probar al Estado que no existe discriminación. Igual argumento, lo tenemos en el ámbito de los particulares. Ante la presencia de una “categoría sospechosa” en un despido, con causa o no, es el empleador el que debe probar que éste no se debe a una discriminación directa o indirecta.

Hernán Victor Gullco, quien nos explica el uso del criterio de razonabilidad y el de las categorías sospechosas en Argentina, considerando una disposición legal que afecte al principio de igualdad establecido en la Constitución. Respecto al segundo criterio “...hay una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el estado, que se funda en una pauta considerada



*“sospechosa” y, en consecuencia, es éste el que debe presentar fuertes razones (“una necesidad social imperiosa”) que justifiquen la utilización de la categoría sospechosa”. (Gullco, 2000).*

La Corte Constitucional de Ecuador ha determinado que por “categorías sospechosas”, debemos entender que *“...aquellas categorías utilizadas para realizar tratos “diferentes” respecto de ciertos grupos o personas vulnerables que no resultan razonables y proporcionales, cuyo uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a colocar en situaciones de desventaja o desprotección a grupos de personas generalmente marginados...”* (Sentencia 080-13-SEP-CC, 2013)

Cabe precisar que en el despido discriminatorio, la sospecha debe partir de algún elemento probatorio que otorgue el trabajador o algún hecho trascendente que permita deducirlo al juez. Un “indicio razonable” en palabras de la Dra. Elisa Lanas, para quien *“...siempre habrá que superar un umbral mínimo de convencimiento, caso contrario, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos básicos para que la relación mínima entre el acto y omisión y la cusa discriminatoria pueda distinguirse haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.”* (Lanas Medina, 2010).

Ante la violación del principio de igualdad de derechos, pese a que se haya seguido un trámite legal y se funde en una causa establecida en la ley, el juez debe poner atención y valorar si este acto esconde una discriminación directa o indirecta, que lleva como resultado el terminar una relación de trabajo de una forma ilegítima. El despido ocurrido por discriminación, como consecuencia de lo indicado por la Corte Constitucional, sería nulo, careciendo por tanto de validez y eficacia.



En el caso de despidos agravados que serían todos los discriminatorios, no cabría diferenciar entre la prueba de la materialidad del despido y la intención que se tenga con el mismo. Es decir, no es un requisito que el trabajador en primer lugar pruebe el despido para que la carga de la prueba pase al empleador a fin de que justifique que su despido no implica discriminación u otra violación de derechos constitucionales.

En conclusión, inclusive en vía ordinaria en sede laboral ante la sospecha de que existe discriminación (o indicios) se atribuye la carga de la prueba al empleador, quien deberá probar si existió o no el despido y si este no es violatorio de derechos o no. Esto va en contra el criterio civilista de la carga de la prueba.

### **5. La prueba en despidos agravados reclamados en acción de protección.**

En el caso de que exista discriminación o violación de derechos fundamentales antes de la relación laboral, durante la misma y con mayor razón frente a un despido, es posible la formulación de una acción de tutela de los derechos laborales.

En el ámbito de una relación laboral, es el empleador quien fija las condiciones de la prestación del trabajo y, está a su voluntad, el definir si una relación laboral inicia, si esta relación varía con un cambio de funciones o a la remuneración, o si esta relación termina, en cualquier momento y por cualquier motivo; con los límites que establece la ley. Los actos del empleador, por el poder que ejerce, deben ser vigilados a fin de que guarden conformidad con el principio de igualdad de derechos. Mayor énfasis debe darse al valorar un despido pues es el acto de mayor violencia del empleador y puede esconder discriminación a pesar de que formalmente se encuentre apegado a la norma jurídica.

Sobre el aspecto probatorio, frente a una garantía jurisdiccional, cuando se alegue discriminación y quien sea accionado sea una entidad pública, es ésta la que debe justificar que no



ha existido violación de derechos en su actuar, pues se presumen ciertos los hechos que alega la parte actora (Art. 16, Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional). En el ámbito privado, no existe una norma expresa, pero conforme hemos visto en párrafos anteriores ante la “sospecha” o un “indicio razonables” de discriminación o violación de derechos, la carga probatoria debe pesar sobre el empleador.

## **6. Sobre la reparación de derecho.**

Conforme hemos visto, en la legislación ecuatoriana la reparación frente al despido común es una indemnización según la remuneración y la antigüedad. En el caso de los despidos incausados agravados la legislación ecuatoriana únicamente en el caso de los despidos ineficaces permite el reintegro al puesto de trabajo. En el caso de discriminación o despido por discapacidad o enfermedad, la reparación establecida en la ley, corresponde a un monto económico mayor, pero sin posibilidad de seguir laborando.

Esta es una deficiencia de la legislación ecuatoriana. Como bien señala Cornaglia: *“La plena vigencia del principio de estabilidad, está reñida con la confirmación del despido como acto constitutivo del derecho de rescindir libremente el contrato en forma unilateral y arbitraria”* (Cornaglia, 2004). Sin embargo, en la legislación laboral los despidos agravados, salvo el ineficaz, son constitutivos y termina la relación laboral, sin posibilidad de reintegro.

Para Cornaglia inclusive el despido arbitrario común debe ser nulo: *“La rescisión unilateral (para no constituir el despido injusto como acto ilícito) solo procede cuando la ley especialmente la autoriza. Cuando la parte afectada por el acto antijurídico (despido arbitrario o sin causa) no encuentre satisfacción posible en cuanto a la reinstalación en el puesto de trabajo. La reparación tarifada constituye un paso subsiguiente referido al daño que se causa con la falta de cumplimiento de la obligación de reintegrar cuando no es satisfecha.”*. Este criterio se fundamenta en la



existencia de un contrato bilateral, que exige a quien ya cumplió sus obligaciones, exigir de la otra el mismo trato.

En este punto, debería existir una vía especial que quite la eficacia constitutiva del despido agravado en primer término, pues la legislación ecuatoriana paradójicamente permite el reintegro de forma excepcional en el despido ineficaz. Sin embargo, los otros despidos agravados tienen una indemnización que no repara la violación del derecho al trabajo, pues la forma reparar la violación a este derecho es garantizar que se conserve el puesto de trabajo.

A nivel internacional, como ya anticipamos en el primer capítulo, un caso emblemático es la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Baena Ricardo y otros versus. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001. Recordemos el caso: Panamá es acusado del despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales en 1990, a quienes se les atribuía el haber participado y ser cómplices en una asonada militar. Para despedir a los trabajadores inclusive se dictó una ley con posterioridad a los hechos, en la que se les excluía del fuero laboral, para el contencioso-administrativo. Las acciones judiciales internas iniciadas por los trabajadores despedidos fueron desestimadas y, por este motivo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a Panamá por la violación de los principios de legalidad y de irretroactividad, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, el derecho de reunión y el derecho a la libertad de asociación, consagrados Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El punto que nos aporta en este tema, es la forma de reparación que se dio al despido agravado. La Corte ordenó a Panamá al pago a los 270 trabajadores de los salarios vencidos y demás derechos laborales y también dispuso el *reintegro* en sus cargos. Si el reintegro no era posible, se debían brindar otros empleos que respeten las condiciones laborales que tenían al momento de ser





despedidos. Solo en caso de que estas dos medidas no fueran posibles, el Estado debía pagar una indemnización por terminar unilateralmente la relación laboral. Además se dispuso cancelar valores por daño moral y gastos.

Por lo tanto, a nivel internacional la reparación del despido agravado se realiza conservando el puesto de trabajo. Recordemos el concepto de responsabilidad que nos da el ecuatoriano Miguel Hernández Terán “...*la responsabilidad civil consiste en la obligación jurídica que tiene un sujeto de Derecho de resarcir los perjuicios que ha soportado otro individuo, capaz o incapaz*”. (Hernandez Teran, 1992). En el presente caso la responsabilidad surge de un contrato laboral, que obliga a las partes y que en caso de un incumplimiento, más el agravante de violar derechos fundamentales, obliga a la resarcir los perjuicios que se causa al trabajador por el despido.

El Ecuador reconocía el despido directo, es decir, la sola voluntad del trabajador tenía validez y era eficaz para terminar una relación laboral. Correspondía al juez únicamente el verificar si el despido es causado o no, y en el caso en que no se justificaba su justa causa o el trámite no fue el establecido en la ley, el acto ilegítimo era sancionado por un monto económico según el tiempo de trabajo y la remuneración.

Sin embargo, la legislación ecuatoriana confunde conceptos y regula de forma diversa la reparación en los despidos agravados. Conforme ya se precisó el despido discriminatorio en general, que sería aquel que se ocurría “*por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos...*” (Art. 195.3, CT), en Ecuador conlleva una indemnización adicional pero no el derecho al reintegro al puesto de trabajo. De igual forma sucede con el despido agravado de “*(...) una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad*” (Art. 195.3, CT), que no puede reintegrarse, sino que será indemnizada de conformidad a lo fijado en la Ley Orgánica de Discapacidades.



Es decir, el legislador sí le da validez a la voluntad empresarial discriminatoria y violatoria de derechos fundamentales, a cambio de una mayor indemnización. Discriminar por tanto está permitido por un mayor monto económico. La nulidad de estos despidos, pues contraviene el fin mismo del Estado, no ocurre en Ecuador. Una excepción es el caso del despido que ocurre contra *“trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad...”* y de dirigentes sindicales (Art. 195.1 CT), pues solo en este caso la voluntad del empleador no tiene validez, quedando en facultad del trabajador el escoger entre reintegrarse o recibir una indemnización superior.

### **7. Sobre la discriminación**

La Convención Americana de Derechos Humanos obliga a los Estados partes a respetar y garantizar los derechos contenidos en su texto, sin ninguna discriminación. En el ámbito laboral existen cuatro convenios de la OIT específicos sobre discriminación. El Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100) que obliga a los Estados miembros a fijar remuneraciones, promoviendo el garantizar el principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la femenina, por un trabajo de igual valor (OIT, 2019). El segundo es el Convenio sobre la discriminación, 1958 (núm. 111), que nos describe la discriminación como: *“...cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;”* (OIT, 2019).

Normas sobre la discriminación la podemos encontrar en otros convenios de la OIT. El Convenio 98 de la OIT sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, establece la obligación estatal de proteger a los trabajadores de todo acto de discriminación afecte su libertad sindical. (Organización Internacional de Trabajo, OIT, 1949) De igual manera el Convenio 117 de



la OIT sobre Política Social que determina la obligación estatal de tener como uno de los fines el suprimir toda forma de discriminación entre los trabajadores. (Organización Internacional del Trabajo, OIT, 1947) Finalmente, otro instrumento internacional que evita la discriminación es la Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer establece la prohibición del despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad o la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

La Constitución ecuatoriana, sin embargo, reconoce como principio el de igualdad de derechos, deberes y oportunidades, prohibiendo la discriminación por diversos motivos, dejando inclusive abierta esta protección a “cualquier otra distinción” que tenga como objeto o resultado, el menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. De forma expresa, se delega a la ley la sanción de toda forma de discriminación. (Art. 11, Numeral 2). En Ecuador se encuentra prohibida tanto la discriminación directa o explícita, como la discriminación indirecta, oculta o por el resultado, sin que la enumeración del texto constitucional sea taxativa.

Esta prohibición de discriminación es aplicable tanto a las acciones del Estado, como a los actos de los particulares, y en todos los derechos: salud, educación, trabajo, seguridad social, etc. En las relaciones laborales este principio de igualdad debe ser aplicado desde el nacimiento de la relación de trabajo, su desarrollo y vicisitudes, hasta su terminación. A manera de ejemplo, existirá discriminación cuando una persona no sea contratada por su condición de mujer o por su edad. Existirá discriminación cuando en el desarrollo de una relación laboral se aumentan remuneraciones únicamente a personas de determinada filiación política. Existirá discriminación cuando se termine una relación laboral a una persona por su estado de salud o por su edad avanzada.



¿Cuáles son los límites para catalogar una conducta como discriminatoria? La Corte Constitucional de Ecuador ha precisado que el recibir un trato diferente en categorías sospechosas que se relacionen a perpetuar la inferioridad o la exclusión, se presumen prima facie de inconstitucionales, a menos que se pruebe lo contrario. Para diferenciar estos actos discriminatorios, se deberían presentar tres elementos: ser parte de las categorías prohibidas, restringir derechos constitucionales y afectar a minorías o grupos sociales en estado de debilidad, que requieren protección estatal.

Para justificar un trato diferente, debe demostrarse que la distinción es razonable y proporcional para alcanzar el objetivo, pues el trato diferenciado es válido siempre que busque avanzar en derechos, lo que se denomina “discriminación inversa.” (Sentencia 080-13-SEP-CC, 2013)

Sin embargo, no existe límite preciso, pues la discriminación puede ser por su objeto o por su resultado y por este motivo el texto constitucional ha dejado abierto a múltiples casos que se puedan presentar. Inclusive, en las relaciones laborales y en hechos como el despido, puede llegar a una discriminación social o económica. Como bien señala Cornaglia: *“La discriminación social por la condición de trabajador –principal condición social a reconocer en la era del asalariado-, se concreta por medio de un tratamiento que no es igualitario, ahondando las diferencias reales de la situación en estado de dependencia al límite de agraviar derechos humanos básicos.”* (Cornaglia, 2004)

Finamente, concluimos con la opinión del laboralista ecuatoriano Rubén Castro Orbe: *“Por lo anterior, parece indispensable que un estudio sobre este aspecto deba, primero, determinar con mucha precisión lo que caracteriza el acto de discriminación que, en principio, corresponde a una determinación dirigida a violentar el derecho a la igualdad del que gozamos todos los individuos humanos y que, por lo mismo, obliga a los demás a tenernos en las mismas condiciones de los*



*demás. Si la motivación del despido es afligir la posibilidad de la satisfacción de las necesidades de una persona trabajadora, impedir -por esta vía- a su familia acceder a otros beneficios que le permite la vida social o al ejercicio de otros derechos, como la educación propia o de los hijos, podría pensarse que estamos ante un acto de discriminación socio-económica. Pero creo que no están ahí las motivaciones que tiene el sujeto empleador para despedir” (Castro Orbe R. D., 2019)*



### Capítulo III

#### **Análisis de la carga de la prueba en el despido intempestivo, en el marco del principio protector del derecho laboral.**

##### **1. Reflexionar sobre el principio de tutela en el despido intempestivo.**

Para Lisa Rodgers se pueden distinguir tres enfoques en cuanto al Derecho del Trabajo. El primer enfoque que se basa en la eficiencia económica, en superar las fallas del mercado, en relaciones de trabajo flexible, con inversión en innovación y habilidades. Un segundo enfoque es el que se basaría en la justicia social, con la búsqueda de una justa distribución de la riqueza, dar más poder a los trabajadores, crear estándares fundamentales del trabajo, en el que no solamente sea considerado como una mercancía. (Rodgers, 2013)

El tercer enfoque más actual es el que se basa en los derechos humanos y ve a los derechos laborales como derechos fundamentales, que deben por tanto tener un valor superior a principios economicistas, con igual jerarquía de los derechos civiles y políticos (Rodgers, 2013). Inclusive se ha desarrollado la existencia de derechos laborales inespecíficos, que son derechos dentro de la propia empresa.

De estas tres visiones, es el principio de justicia social es el que ha guiado el Derecho al Trabajo fundamentalmente, con el principio tutelar como medida de protección para el trabajador. Protección que debe abarcar desde el inicio de la relación laboral, su desarrollo, hasta su conclusión.

Una visión general del estado actual de los derechos laborales y el despido es la que sostienen Antonio Baylos y Joaquín Perez Rey, quienes lo analizan desde lo que ellos llaman visión dominante y visión subalterna, en la realidad española. Desde la visión dominante, para los autores



mencionados, priman dos ideas fundamentales: despedir barato permite crear empleo y despedir es socialmente irrelevante. En la primera idea, las tendencias legislativas y jurisprudenciales, han optado por descausalizar el despido o el debilitamiento de sus motivos, la reducción de sus costos y la “inmunización de la decisión empresarial”, en la cual la voluntad del empleador es constitutiva del despido, por tanto, no revisable ni sujeto de control posterior, administrativo o judicial.

En la segunda idea, sobre la relevancia, el despido es un acto banal, sin importancia significativa en las relaciones laborales, pues lo que debe primar no es el efecto económico ni social del despido en el trabajador, sino el beneficio para la organización de la empresa, las que crecen rápidamente, cambian de forma permanente y necesitan trabajadores que se movilicen sin trabas, que sea fácil liberar el empleo de los excedentes, mediante recortes o ajustes, y sin el obstáculo de la dimensión colectiva del trabajo.

Dentro de las visiones subalternas, el despido debe ser visto como la afección al derecho constitucional al trabajo, dejando de lado el fundamento económico y de la organización empresarial, para centrarse en la dimensión política: el despido es el punto máximo del poder empresarial, priva al trabajador solo de su estatus de empleo y también de su estatus de ciudadanía en la sociedad y en la empresa. (Baylos & Perez Rey, El despido o la violencia del poder privado, 2009)

En esta óptica protectora del derecho al trabajo, el despido incausado es algo ilícito: el derecho a despedir no existe, sino todo lo contrario, la legislación sanciona ese acto por considerarlo contrario al derecho al trabajo. Sin embargo, hablar de despido intempestivo es hablar de estabilidad laboral y el respeto a la misma sigue generando polémica. Para autores como Cornaglia, por ejemplo: *“Inferir de ello que existe el derecho a despedir arbitrariamente porque se pueda abonar el daño producido, está alejado de todo lo que consagra la teoría general de la*



*responsabilidad. / Pese a ello, parte de la doctrina sigue siendo contradictoria en la materia, con agravio al principio de continuidad, permanencia y estabilidad...”* (Cornaglia, 2004). Para el autor referido, limitar el carácter constitutivo del despido sin justa causa es afectar el “sacralizado” derecho de propiedad del empleador.

Sergio Gamonal Contreras nos presenta el extremo contrario: el despido libre o empleo a voluntad, en los Estados Unidos. El autor explica que en el mentado país, por regla general y apoyado en la libertad de una economía de mercado, existe el despido libre en el que cualquiera de las partes puede terminar el contrato de trabajo sin preaviso, sin motivo alguno, y sin que deba pagar algún tipo de indemnización. Sin embargo, el autor concluye que esta legislación estadounidense es “anacrónica” pues contraviene los principios del Derecho Laboral y los instrumentos internacionales sobre la materia. (Gamonal Contreras, 2017)

Sobre el aspecto procesal, en el hecho del despido también es motivo de polémica. Rafael Tena Suck (2005), parte de una definición conceptual de la carga de la prueba, para avanzar a las particularidades de esta institución procesal en el Derecho mexicano, considerando a la carga probatoria como un elemento fundamental en regímenes de estabilidad impropia. El autor explica el enfoque civilista que comprende el pedir la justificación del despido a quien lo alega en juicio, sosteniendo que la Suprema Corte de Justicia de México, buscando la protección de derechos, ha determinado que en casos de despido corresponde al trabajador probar la existencia de la relación de trabajo y al empleador demostrar la causa justificada de terminación de la relación laboral (Tena Suck, 2005)

Sobre el mismo tema de la carga de la prueba, el laboralista ecuatoriano Rubén Castro Orbe, indica: “...*El despido intempestivo es un acto ilegal que opera en casi todas las ocasiones como acto clandestino, o subrepticio y buscando no dejar evidencia. Este es un presupuesto a tener en*





*cuenta al momento de distribuir la carga probatoria. El otro, trascendental, es que se debe presuponer la necesidad que el trabajador tiene sobre la fuente de trabajo y su permanencia.”*

(Castro Orbe R. D., 2019)

¿Cuáles son los límites del despido? Instituciones internacionales como la OIT, en convenios como el Convenio 158, han buscado delimitar las causas para la terminación de una relación laboral: la capacidad, la conducta o las necesidades de la empresa. Sobre el despido agravado también lo prohíben en temas como el ser dirigente sindical, la maternidad o la discriminación. Cabe indicar, conforme ya expusimos en esta investigación, el Convenio 158 de la OIT únicamente presentan 25 ratificaciones y que en América Latina, solo lo ha ratificado Venezuela.

Regresando al tercer enfoque que nos refería Rodgers, el avance de protección de los derechos fundamentales, está irrigando cada vez más a parte sustantiva como adjetiva del Derecho. En palabras de Carlos Blancas Bustamante: *“Esta doctrina conocida como la “Drittwirkung” considera que los derechos fundamentales son oponibles, no solamente frente al poder estatal, sino también en las relaciones entre particulares...”* (Blancas Bustamante, 2013)

María Colmenares Bastidas nos explica que en los derechos humanos laborales debemos diferenciar entre derechos laborales específicos y los no específicos. Los primeros son derechos dirigidos exclusivamente a los trabajadores, que surgen de las relaciones laborales y se aplican a las partes, como el derecho de huelga o a la estabilidad. Al contrario, los derechos humanos inespecíficos son derechos constitucionales de carácter general, aplicables para todas las personas, pero que pueden ser aplicados también en el ámbito de las relaciones laborales y se relacionan a aspectos como la privacidad, el acoso moral psicológico, sexual, la libertad personal, la discriminación, la libertad de expresión, etc. (Colmenares Bastidas, 2010)



A los derechos específicamente laborales como la remuneración o el descanso, se han añadido los derechos laborales inespecíficos que son aquellos que surgen de la calidad de ciudadano. La ciudadanía en la empresa, diría Baylos.

## **2. Reflexionar sobre casos paradigmáticos de estabilidad reforzada.**

La estabilidad laboral en palabras del ecuatoriano Joaquín Viteri es: “... *el derecho de la clase trabajadora para la permanencia y continuidad ocupacional en el medio empresarial estable para el cual ha desenvuelto sus actividades, con la recíproca obligación del empleador de no privarle del trabajo mientras no hubiere causa legal que lo motive, o hechos legales o justificables que determinen a separarlo.*” (Viteri Llanga, 2006).

La estabilidad es un derecho que se ha ido desarrollando de múltiples formas dentro de las normas laborales. El argentino Ricardo J. Cornaglia, al referirse los principios laborales, explica que el Derecho del Trabajo comenzó a formarse a partir de la teorización de dos principios: el de indemnidad para proteger al trabajador de accidentes laborales, y el principio de estabilidad para la protección frente al despido y más vicisitudes que pueden presentarse en la relación laboral. Estos principios se han desarrollado en las distintas legislaciones, en diferente ritmo y entre conflictos, junto a un tercer principio: la progresividad en los derechos de los trabajadores. (Cornaglia, 2004)

El ecuatoriano Carlos Vela Monsalve, hace algunas décadas y con mucha claridad, destacaba la importancia jurídica, económica y social de la estabilidad laboral. La importancia jurídica lo explicaba en que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, con prestaciones que se van desarrollando en el tiempo, y relaciones laborales de duración indefinida y, por excepción, a plazo fijo. También ponía énfasis en las consecuencias jurídicas que surgían por el tiempo de desarrollo



de la relación laboral: derechos como las vacaciones, fondos de reserva, desahucio, indemnización por despido, etc., dependían del tiempo de trabajo, por lo tanto, de la estabilidad.

El mismo autor destacaba la importancia económica en el beneficio de patrono y trabajador, y de la producción de un país. Al patrono le convenía un trabajador más eficiente, especializado en la actividad que cumple y vinculado a la empresa. El trabajador tenía a cambio seguridad económica para él y su familia. Finalmente, se destacaba el interés social pues un trabajador se convertía en un productor y consumidor de bienes económicos. (Vela Monsalve, 1955)

Vela Monsalve nos explica división tradición de la estabilidad, en absoluta y relativa, de la siguiente manera: *“La primera se da cuando, por la sola voluntad del patrono, no puede ponerse término a la relación de trabajo, ni siquiera abonando una indemnización. La segunda tiene lugar, si el patrono o empresario puede poner término al vínculo contractual, en cualquier momento, por su voluntad unilateral, con solo el gravamen de pagar una indemnización económica.”* (Vela Monsalve, 1955).

En Ecuador la estabilidad absoluta la encontraríamos únicamente en el caso del despido ineficaz de la mujer en condición de embarazo y del dirigente sindical. La estabilidad relativa es la regla general en las relaciones laborales: pueden ser despedidos en cualquier momento a cambio de una indemnización por su tiempo y remuneración.

Cornaglia considera que el derecho al trabajo obliga a que la estabilidad sea absoluta, afirmando incluso que podría hablar de “la propiedad del cargo”: *“La apropiación del puesto de trabajo, como un bien legítimo protegido, se fue vinculando con la gestación de un derecho humano...”* (Cornaglia, 2004) . “La propiedad del cargo” implicaría confrontar la propiedad de la empresa. Para garantizar la estabilidad de los trabajadores los regímenes del despido deberían operar de dos maneras: creando una vía judicial que permita anular el despido injusto o cuando el despido



requiera de un trámite previo de autorización. Cornaglia considera que el despido únicamente debe estar sujeto a una justa causa y, por tanto, el despido incausado no puede ser tenido como válido, debe ser anulado, debiendo producirse la reincorporación al puesto de trabajo. (Cornaglia, 2004) .

A más de lo indicado, la Corte Constitucional de Ecuador ha avanzado en la protección al derecho al trabajo y, de la división clásica entre estabilidad absoluta y relativa, ha utilizado el concepto de *estabilidad reforzada* para una persona por su condición de debilidad, que obliga al Estado a protegerlo. El tratadista ecuatoriano Rubén Castro Orbe considera: “*La estabilidad laboral reforzada se estableció en el Código del Trabajo con las reformas del año 2015 (...), y consiste en que un trabajador no puede ser despedido de su trabajo, aún con justa causa, de forma directa por el empleador, sin que medie resolución de visto bueno. Esta estabilidad ampara únicamente a las mujeres embarazadas y/o en estado de lactancia y a los dirigentes sindicales (Fuero Sindical).*” (Castro Orbe R. D., 2019).

Los trabajadores beneficiarios de esta estabilidad reforzada no podrían ser despedidos sin justa causa. Para nuestro criterio, sin embargo, la estabilidad reforzada se diferencia de la estabilidad absoluta por el tiempo de duración: el trabajador tiene este tipo de estabilidad mientras dure el motivo que le atribuyó la misma, es decir, no podríamos hablar de “propiedad del cargo” sino que la estabilidad subsiste mientras exista la situación de vulnerabilidad.

### **3. Analizar el principio de tutela frente a la flexibilización y la flexiseguridad.**

Flexibilización, flexiseguridad y términos similares recogen la vieja disputa en la que se desenvuelve el Derecho Laboral. Para el peruano Mario Pasco Cosmópolis, cabe diferenciar en primer término entre flexibilización y desregulación. En sus palabras “...*flexibilizar es mantener un derecho o beneficio laboral, pero reduciendo su alcance, profundidad o contenido, para*



*adaptarlo a las necesidades empresariales; y desregular implicaría suprimirlo, eliminarlo totalmente*”. (Pasco Cosmópolis, 1996).

El autor peruano explica que el Derecho Laboral ha sido como un sistema progresivo de acumulación de derechos de los trabajadores, que buscaba su protección, fundado en el principio de estabilidad laboral que asegura al trabajador el permanecer en su puesto de trabajo hasta que se exista la causa que la origina, es decir, relaciones laborales indefinidas. Sin embargo, para Pasco Cosmópolis, con el neoliberalismo nuevas tesis comenzaron a atacar esos criterios sostenidos por el Derecho Laboral, acusándoles de ser hiper-protector para un reducido grupo de trabajadores, dejando al margen, a numerosos sectores de que se encuentran en la informalidad.

Recogemos las tendencias que visualizaba en 1990 Pasco Cosmópolis sucedía en América Latina, pues consideramos que es aplicable en gran medida a la realidad actual de los derechos laborales. La primera tendencia es que la denomina *reforma neoliberal*, en el cual se propendía a la flexibilización en aspectos como duraciones reducidas de la relación laboral con contratos temporales, a plazo fijo o para una obra, y formas más directas para terminar el vínculo contractual, bajo el criterio que la estabilidad provoca el desempleo. En esta tendencia se ubicaron países como Argentina, Colombia y Perú. La reforma neoliberal incluyó cambios en la seguridad social, al permitir sistemas privados de pensiones a ser financiados únicamente por el trabajador.

Pasco Cosmópolis distingue otra tendencia que la llama *reforma clásica* en el que sí se flexibiliza la relación laboral pero existen importantes avances en cuanto a la protección al trabajador, sobre todo en Venezuela y República Dominicana. En estos países las relaciones laborales se regulaban en principios liberales, razón por la cual las únicas reformas posibles no podían retroceder en derechos sino avanzar. En este caso, por el atraso de las normas laborales, se debían propender en la protección.



La tendencia tercera que distingue es la contrarreforma, que tiene en Chile el mejor ejemplo. En este caso, no fue una simple flexibilización sino que se llegó a desregular las relaciones laborales, suprimiendo el salario mínimo, con despido libre, sin contratación colectiva por rama de actividad, sin juzgados de trabajo ni procedimiento laboral. Este es el nivel más extremo, en el que prácticamente se eliminan los derechos laborales.

Frente a este panorama, Pasco Cosmópolis vio inevitable, en la década del 90, que se realicen reformas laborales en el aspecto regresivo. Consideraba que era inevitable las reformas liberales pero que se debía conservar lo principal. Para el autor peruano el desafío de los laboristas era cómo defender el Derecho Laboral: defender su “entraña”, su “núcleo duro”, ceder en lo coyuntural y defender lo esencial. En sus palabras *“Garantizar su eficacia para extenderlo y para universalizarlo sobre una base programática y realista. Es decir, lograr un Derecho Laboral flexible.”* (Pasco Cosmópolis, 1996).

La visión de Pasco Cosmópolis dejó de lado avances importantes que están impregnando actualmente el Derecho Laboral, como los derechos humanos laborales.

Sobre la situación actual del trabajo y los derechos laborales, Carlos Sergio Quiñones Tinoco y Salvador Rodríguez Lugo nos indican que principios básicos como la estabilidad han perdido peso argumentativo: la sola afirmación de que la estabilidad en el puesto de trabajo evita la incertidumbre de perder el empleo, cambiar con frecuencia el régimen de vida y el lugar de residencia, por ejemplo, ya no es suficiente motivo para legislaciones protectoras. Sin embargo, la justificación del por qué es necesaria la estabilidad laboral está debilitada. (Quiñones Tinoco & Rodríguez Lugo, 2015) Este criterio es compartido en parte por Arturo Bronstein, para quien el Derecho de Trabajo sufre una crisis en su cobertura, adaptación, territorialidad e ideológica, pero que debe ser matizada por los retrocesos en conquistas sociales. A esta crisis hay que matizar con



un avance en temas como la libertad sindical y derechos fundamentales en el lugar de trabajo. (Bronstein, 2006)

Un punto a considerar es la necesidad de recuperar el concepto amplio del trabajo. Angélica Molina Higuera (2007, p. 178) nos aporta con la visión del trabajo como una vía para la autonomía y la autorrealización del individuo, así como la generación de solidaridad social. Este concepto de trabajo no hace referencia a cualquier tipo de actividad, sino a aquella que permite la realización de todos los derechos humanos, debiendo ser digno y mínimamente aceptable. El trabajo es un derecho humano, en su dimensión individual como colectiva, íntimamente ligado a la dignidad y, por lo tanto, necesario para la realización de otros derechos humanos. (Molina Higuera, 2007)

La pérdida de fuerza en el principio de la estabilidad ha propiciado corrientes flexibilizados de la relación laboral. Flexibilizar la relación laboral empezó a ser utilizada para solucionar, todos los problemas laborales. Fernando Valdés Dal-Ré, sobre los efectos de la flexibilización en el caso español nos dice lo siguiente: *“Inicialmente concebida por el legislador como una medida de fomento de empleo, la contratación temporal va a ser utilizada de manera inmediata, en la práctica empresarial, como un instrumento al servicio de objetivos económicos (reducción de costes laborales) y organizativos (flexibilidad en la organización del trabajo), para terminar convirtiéndose en la modalidad de contratación típica (...) En otras palabras, la temporalidad es el altar en el que se rinde culto a la flexibilidad laboral”*. (Valdés Dal-Ré, 2007)

Nuevos términos han surgido para regular las relaciones laborales. ¿Qué debemos entender por flexiseguridad?

La flexiseguridad no busca un equilibrio de los intereses contractuales, sino de modelos de gestión de mercados de trabajo mediante una política de compensaciones: a la pérdida de empleo le otorga prestaciones, se cambia la seguridad en el puesto de trabajo por seguridad en el empleo.



Luego de la adopción de estas políticas por países como Dinamarca y Holanda, en el año 2000 los países de la Unión Europea acordaron modificar las normas laborales para favorecer el dinamismo económico. (Beristain Gallegos, 2012)

Juan Gorelli Hernández explica que la forma de producción fordista ha quedado atrás, dando paso a un nuevo término que se comienza a estudiar en el Derecho Laboral: flexiseguridad. El mentado autor explica este nuevo término desde sus tres pilares: la flexibilidad en la contratación y extinción de la relación laboral, el fortalecer las prestaciones de la seguridad social en materia de desempleo y el formular políticas activas en formación y reingreso al trabajo. Esta política sin embargo, como lo resalta el autor, únicamente es exitosa en economías reducidas y en países que han hecho una fuerte inversión en seguridad social. (Gorelli Hernandez, 2013).

Para el tratadista ecuatoriano Rubén Castro Orbe: *“La flexiseguridad no es un modelo de gestión o un proceso o una técnica o régimen interno de una empresa; corresponde a un política laboral que se pretende convertir en política pública y, por lo mismo, requiere un marco normativo legal que, por lo mismo, obliga a la propuesta de reformas en el régimen jurídico en aquellos países en los que las políticas neoliberales no lograron trastocar la naturaleza tutelar del Derecho Laboral como parte del Derecho Social y lo sometieron a la lógica del Derecho privado y de las relaciones contractuales civiles.”* (Castro Orbe R. D., 2019).

Sobre los cambios que se está realizando en las normas protectoras del trabajo, Lisa Rodgers considera que el principio de estabilidad está en decadencia y que el trabajo ahora “precario” viene del cambio económico que la globalización ha ocasionado y que ha desintegrado el viejo modelo industrial de trabajo a tiempo completo, durante todo un año, para un solo empleador. Un factor que contribuye es la introducción de las nuevas tecnologías de la información. (Rodgers, 2013)





El trabajador precario ahora compite con el trabajador estable. Adoración Guamán Hernández y Raúl Lorente Campos explican este nuevo tipo de trabajador precario como aquel que asume los riesgos y responsabilidades en una relación laboral, relación que se caracteriza por las variables de incertidumbre e inseguridad en distintos grados y planos, como la duración, la regularidad, las condiciones de trabajo y la falta de protección social. En palabras de los autores: “...*el trabajo precario es un medio utilizado por los empresarios para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores*” (Guamán Hernández & Lorente Campos, 2015)

Finalmente, sobre la flexiseguridad y su éxito al ser considerado en las legislaciones europeas, conviene citar a Umberto Romagnoli, quien en la introducción al texto *El despido o la violencia del poder privado* de Antonio Baylos, concluye lo siguiente: “...*la flexiseguridad es una fórmula íntimamente contradictoria. Hay que admitir no obstante que está bien lograda y que ha tenido éxito. De hecho, se habría ganado el aprecio de un escrito como Karl Kraus, líder máximo de un curioso género literario: el de los oxímoros.*” (Baylos & Perez Rey, *El despido o la violencia del poder privado*, 2009)



## Conclusiones

1. En el despido intempestivo, la atribución de la carga de la prueba en principio no guarda correspondencia con el principio tutelar que inspira el Derecho Laboral y el Procesal Laboral. Dado que la parte empleadora tiene cercanía y dominio de fuentes de pruebas como la documental o la testimonial, el trabajador tiene una desventaja de defensa, que el proceso laboral debe corregir.
2. El desarrollo tecnológico está permitiendo que dentro de los procesos laborales, los trabajadores pueden reducir su desventaja procesal y probar hechos como el despido intempestivo. El avance en el Derecho Probatorio está permitiendo que la verdad procesal se acerque cada vez más a la realidad, pero es necesario regular la utilización de los medios tecnológicos para que el carácter tutelar de las normas sociales, puedan verificarse en la práctica.
3. En el caso de despidos agravados, es necesario que se establezca una vía expedita en sede laboral que permita reclamarlos con agilidad, con normas especiales sobre la prueba y la reparación de los derechos violentados. La figura del despido ineficaz es reducida para las mujeres por su condición de embarazo y para dirigentes sindicales, sin considerar los otros casos de discriminación y violación de derechos fundamentales.
4. Es necesario que el legislador regule de forma adecuada los despidos agravados, eliminando las normas que contradicen los derechos laborales y considerando el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.
5. La discriminación en materia laboral representa una gran amplitud. El texto constitucional ecuatoriano prohíbe la discriminación por objeto o por resultado, realizando una enumeración no taxativa que deja abierta la prueba a diversas formas de discriminación. Todas estas formas



de discriminación pueden darse en materia laboral, tanto en el ingreso, durante la relación laboral y su terminación, debiendo regularse de una manera adecuada a fin de garantizar su pleno cumplimiento.

6. El principio protector es el principio rector del Derecho Laboral. En este carácter tutelar deben deducirse los principios y normas que regulan la materia, como el principio de estabilidad laboral, de indemnidad, de progresividad, etc. El principio protector es el “núcleo duro” de esta materia sobre el cual se regulan los derechos y procedimientos.
7. Siguiendo la línea protectora y de la discusión de estabilidad absoluta o relativa, se ha construido el de estabilidad reforzada para la protección de personas en situación vulnerable. De esta forma, mientras dura la condición de vulnerabilidad el Estado le protege con estabilidad, no permitiendo que pueda terminarse la relación laboral.
8. La dicotomía entre flexibilidad y seguridad sigue siendo tema de discusión en el Derecho Laboral. La seguridad que se plantean a las relaciones laborales entra en confrontación con las corrientes flexibilizadoras que plantean especialmente reducir su temporalidad y los gastos por terminación contractual.
9. Una corriente del iuslaboralismo plantea un punto medio: flexibilizar la relación laboral pero conservar los principios básicos del Derecho de Trabajo, propuesta sin ninguna precisión. De igual manera, la flexi-seguridad como concepto sigue siendo indeterminado.



## Recomendaciones

- En Ecuador es necesaria la emisión de un Código Procesal Laboral que permita que los derechos laborales se puedan cumplir en la práctica. A la norma sustantiva laboral, como sucede en varios países de Latinoamérica, es necesaria acompañarla de la debida protección en el ámbito procesal. Los derechos laborales sin un procedimiento especial tutelar no tiene mayor verificación, pues las normas procesales civiles parten de la “igualdad procesal”, pero el Derecho Laboral busca el “equilibrio procesal”.



## **Bibliografía.**

Almansa Pastor, J. M. (1968). *El despido nulo*. Madrid: Editorial TECNOS S.A.

Arce, E. (2012). La tutela laboral de los derechos fundamentales del trabajador. Una asignatura pendiente en tiempos de reforma. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 68., 435-448.

Baylos, A. (1994). La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva. *Derecho Privado y Constitución Número 4*, 107-129.

Baylos, A., & Perez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Editorial Trotta S.A.

Beristain Gallegos, E. (2012). Flexiseguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*.

Blancas Bustamante, C. (2013). La protección contra el despido lesivo de derechos fundamentales en jurisdicción constitucional. *Derecho y Sociedad 21*, 154-171.

Bronstein, A. (2006). Retos actuales del derecho al trabajo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 2, 3-54.

Carneluti, F. (2000). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires.

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Febrero de 2011).

Castro Orbe, R. (2008). Las sorpresas de la involución ciudadana sobre los derechos obreros.

Castro Orbe, R. D. (1986). *Elementos para el desarrollo de la Teoría Marxista del Derecho*. Quito: Editorial Universitaria.



- Castro Orbe, R. D. (15 de Septiembre de 2019). Sobre la carga de la prueba en el despido intempestivo. (R. A. Sacta Caguana, Entrevistador)
- Colmenares Bastidas, A. (2010). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Derecho del Trabajo*.
- Cornaglia, E. J. (2004). La propiedad del cargo, el acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación. *Diario La Ley. Año IXVIII, N° 158, 9-21*.
- Cueva Carrión, L. (1994). *La casación en materia laboral. Tomo II*. Quito: Artes Gráficas.
- De la Cueva, M. (1980). *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Fallo de triple reiteración: garantías a mujer en estado de gestación. Precedente Jurisprudencial Obligatorio, 06-2016. Registro Oficial Suplemento 873 de 31 de octubre de 2016. (Corte Nacional de Justicia 31 de Octubre de 2016).
- Gaceta Judicial. Año LXXXIII, Serie XIV (Corte Suprema de Justicia 28 de Junio de 1983).
- Gaceta Judicial. Año LXXXVIII, Serie XV N° 1 (Corte Suprema de Justicia 9 de Diciembre de 1987).
- Gaceta Judicial. Año XCIX, Serie XVII (Corte Suprema de Justicia 21 de Junio de 1999).
- Gaceta Judicial. Año XCVII, Serie XVI (Corte Suprema de Justicia 9 de Septiembre de 1997).
- Gamonal Contreras, S. (2017). El despido libre en el contra de trabajo estadounidense. *Revista Chilena de Derecho Privado, numero 28, 53-89*.
- Gorelli Hernandez, J. (2013). Crítica a la flexiseguridad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social, Numero 16, 51-82*.



- Guamán Hernández, A., & Lorente Campos, R. (2015). Precarización Laboral y Beneficio Empresarial: Estrategias de Explotación del Nuevo Milenio. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, Numero 2, 77-94.
- Gulco, H. (2000). El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino. *Recuperado de* [www.escuelamagistratura.gov.ar › uploads › categoría\\_sospechosa\\_gulco](http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/categoría_sospechosa_gulco).
- Guzmán Lara, A. (1986). *Diccionario explicativo del derecho del trabajo en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Hernandez Teran, M. (1992). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Quito: EDINO.
- La alegación de despido intempestivo se debe demostrar, Gacetas Judiciales XXIII-A, Juicio 41-99, XXIII-B, Juicio 325-98, y XXIII-C, Juicio 349-98 (Ex-Corte Suprema de Justicia 1 de Enero de Recopilación 1996).
- Lanas Medina, E. (2010). La prueba en demandas laborales por discriminación. *Foro. Revista de Derecho*, N° 14, UASB-Ecuador, 69-88.
- Martinez Abascal, V. A., & Herrera Martín, J. B. (2013). *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.).
- Molina Higuera, A. (2007). Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, 166-189.
- Montoya Megar, A. (2013). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.).
- Nisimblat, N. (2011). *Derecho Probatorio*. Bogotá: Posgrados Universidad Católica de Colombia.
- Nueno, M. (2007). La impugnación del despido. *Tirant lo Blanch*.



OIT. (21 de Octubre de 2019). *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)*. Obtenido de

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111)

OIT, O. I. (Ooctubre de 21 de 2019). *Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)*.

Obtenido de

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C100](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100)

ONU. (2005). *Observación general N° 18: El derecho al trabajo. Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*.

Organización Internacional de Trabajo, OIT. (1949). *Convenio 98 sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva*.

Organización Internacional del Trabajo, OIT. (1947). *Convenio sobre Política Social*.

Orsini, J. I. (2008). Hacia un nuevo paradigma en materia de protección de la estabilidad y del derecho al trabajo: La nulidad de los despidos injustificados agravados como clave para la democratización de las relaciones laborales. En L. E. Ramirez, *Derecho del Trabajo y Derechos Humanos* (págs. 113-154). Buenos Aires: B de F.

Ovalle Favela, J. (2001). *Teoría General del proceso, Quinta Edición*. Mexico D.F.: Oxford Uvniversity Press.

Pasco Cosmópolis, M. (1996). Flexibilización y desregulación. *THEMIS: Revista de Derecho Nro. 34.*, 21-26.





Pazmiño Ballesteros, M. (2011). *Acción civil de daño moral en accidente laboral*. Quito: Editorial Jurídica el Ecuador.

Porras Velasco, A. (2013). Constitución, sumak kawsay y trabajo. En R. Avila Santamaría, *Estado, derecho y justicia: estudios en honor a Julio César Trujillo* (págs. 243-265). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Corporación Editora Nacional.

Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores S.A.

Quiñones Tinoco, C. S., & Rodríguez Lugo, S. (2015). La reforma laboral, la precarización del trabajo y el principio de estabilidad en el empleo. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 21, 179-201.

Reclamos Laborales, Serie 18. Gaceta Judicial. (Corte Nacional de Justicia. 28 de Enero de 2009).

Resolución N° 0230-2013, Juicio N° 0327-2011 (Cuadernos de jurisprudencia laboral, Corte Nacional de Justicia 2012-2014 2014).

Rodgers, L. (2013). Trabajadores vulnerables, trabajo precario y las justificaciones para el derecho del trabajo: un estudio comparado. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y el Derecho al Empleo*, Volúmen 1, 1-34.

Rodríguez, G. (1990). *Curso de Derecho Probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Rojas Miño, I. (2013). La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLI*, 107-143.

Sentencia 080-13-SEP-CC, 0445-11 (Corte Constitucional de Ecuador 9 de octubre de 2013).



Sentencia de despido ineficaz, 01371-2018-00256 (Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay 14 de septiembre de 2018).

Taruffo, M. (2015). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Tena Suck, R. (2005). Comentarios Jurisprudenciales sobre la carga de la prueba en el despido. *Revista Latinoamericana de Derecho Social Numero 1*, 195-204.

Trujillo, J. (2008). *Derecho del Trabajo, Tomo I*. Quito: Centro de Publicaciones PUCE.

Valdés Dal-Ré, F. (2007). Contratación temporal y trabajo a tiempo parcial en España: la normalización jurídica de la precariedad laboral. *Revista de Ciencias Sociales N° 29*, 243-270.

Vela Monsalve, C. (1955). *Derecho Ecuatoriano del Trabajo*. Quito: Editorial "La Unión Católica", C.A.

Viteri Llanga, J. (2006). *Derecho Colectivo de Trabajo*. Quito: Produgrafi Center.



## **Anexo 1**

### **Entrevista al Dr. Rubén Castro Orbe, profesor de Derecho Laboral de la Universidad Central del Ecuador.**

#### **1. En Ecuador, ¿qué es un despido en materia laboral?**

En el régimen ecuatoriano, a diferencia de otros países, tenemos el despido intempestivo y el “visto bueno” que corresponde a lo que otros países denominan despido justificado. Conocemos como “despido intempestivo” al acto voluntario, expreso, ilegal y unilateral del empleador o empleadora, mediante el cual se da por concluida la relación laboral por parte de estos sujetos jurídicos, sin que medie una causa justificada para dicha conclusión.

Por la naturaleza ilegal e injustificada del acto que rompe el contrato de trabajo o lo irrespeta en el derecho subjetivo de mayor relevancia para el trabajador o la trabajadora, su derecho a trabajar y a la estabilidad, el régimen jurídico sanciona el acto con la obligación de indemnizar a la parte afectada.

#### **2. En Ecuador, si un trabajador alega en un proceso judicial que ha sido despedido de forma intempestiva: ¿Quién tiene la carga de la prueba de esta afirmación?**

Las actuales normas de los Arts. 162 y 169 del COGEP, le corresponde al trabajador la carga de probar el despido intempestivo. En la concepción difundida en nuestro medio, no opera la misma fundamentación de la carga probatoria que refiere al cumplimiento de las obligaciones de la parte empleadora que, conforme a regla general, es la que debe demostrar que satisfizo la obligación con el sujeto acreedor de la misma y que, en el ámbito del Derecho Social y Laboral se afirma y expande en virtud, también, de la evidente disponibilidad de los medios probatorios en manos de ella. Para



el caso del despido no hay obligación que probar, sino la existencia del acto y la responsabilidad imputables a la parte empleadora (o a quien la represente). Hay, sin embargo, la salvedad que alude al caso en el que el empleador(a), en la contestación a la demanda, contradiga explícita o implícitamente los hechos afirmados por el trabajador en su demanda, en cuyo caso le corresponde la carga de la prueba. Ese es el caso de la afirmación del empleador respecto del abandono del trabajo por el trabajador y que le exige que deba probarla y requiere que exista la correspondiente actuación ante la Inspectoría del Trabajo para denunciar y reclamar por tal abandono; y si no existe prueba se concluye la existencia del despido intempestivo<sup>1</sup>.

**3. En Ecuador, la distribución de la carga de la prueba ante la alegación de un despido intempestivo, ¿está conforme con el principio de tutela del derecho adjetivo y sustantivo laboral?**

Es evidente que no. El despido intempestivo es un acto ilegal que opera en casi todas las ocasiones como acto clandestino, o subrepticio y buscando no dejar evidencia. Este es un presupuesto a tener en cuenta al momento de distribuir la carga probatoria. El otro, trascendental, es que se debe presuponer la necesidad que el trabajador tiene sobre la fuente de trabajo y su permanencia. Que la parte empleadora no pueda demostrar que no hubo el acto, pudiera ser un caso de prueba diabólica; pero si puede probar, por ejemplo, que el trabajador realizó actos o tuvo manifestaciones contrarias a mantener la relación laboral y a continuar con el contrato de trabajo, si es posible y necesario. Por lo general se debe partir de que la parte empleadora debe optar siempre por la terminación legal del contrato en virtud de una de las causales del Art. 169 del C.T. y,

---

<sup>1</sup> Cuadernos de Jurisprudencia, Laboral, Corte Nacional de Justicia, 2012 – 2014, Resolución No. 0230-2013, Juicio No. 0327-2011, Págs. 57 y 58.



especialmente, en virtud de la opción que tiene de utilizar el visto bueno. Toda elusión del visto bueno debería ser considerada como presunción de despido intempestivo. Esta manera de regular el tópico estaría conforme al principio tuitivo del Derecho Social y Laboral porque parte de la necesidad de proteger a la parte débil de la relación, tal como ocurre en materia de menores y la familia en relación a los ingresos del alimentante y en materia ambiental (Art. 169 del COGEP). La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Art. 16) también prevé la inversión de la carga de la prueba en materia constitucional para los casos en que la persona accionada sea un particular en los que se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación. Lamentablemente esta institución no se la aplica en materia laboral.

En los litigios por despido intempestivo no se ha establecido la inversión de la carga de la prueba, y es de difícil probanza para el trabajador y su defensa técnica.

**4. En Ecuador, ante la alegación de un despido intempestivo ¿Debe probarse, a más del hecho mismo del despido, que el empleador tenga una intención ilegítima con ese despido? Por ejemplo, que el despido sea una represalia política.**

La ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional de Justicia, en algunos fallos han señalado que el despido intempestivo, siendo un hecho cierto que acaece en lugar, hora y fecha determinados y bajo ciertas circunstancias, debe ser probado fehaciente e incontrovertiblemente por quien lo alega (Gaceta Judicial. Año XCIX {99}; Serie XVII. No. 1. Pág. 185. Quito, 21 de junio de 1999) y en la Resolución emitida en el Juicio Nro. 855-2011).

Una primera cuestión a considerar es si la interpretación de los órganos judiciales corresponde a la aplicación de principios tutelares como el in dubio pro operario. Al respecto cabe señalar que, si el despido intempestivo es un acto ilegal, no debe requerirse la prueba de la ilegitimidad porque



eso crea una condición no exigida por la norma ni el régimen jurídico y pone en condición de evidente impedimento a la persona trabajadora. Es casi como estar en el escenario de la prueba diabólica. Lo que debería exigirse es la prueba de que no se observó ni existió causa legal y por el solo hecho de inexistir esa relación entre acto y derecho, determinar que hubo acto ilegítimo.

La intención ilegítima, en mi opinión, no debe ser materia de prueba por varias razones: el acto de exclusión arbitraria del trabajador de su fuente de trabajo, per se es ilegítimo y bastaría con demostrar su existencia; la pretensión de probar aspectos subjetivos que no están previstos en ninguna norma de derecho positivo, en lugar de abonar al carácter tutelar del Derecho Laboral, lo contradice; si en materia penal, el abordamiento de la prueba del elemento subjetivo del delito es de complejidad, no puede pretenderse que esa misma lógica se imponga en materia laboral. En la mayoría de legislaciones la prueba del acto sin causa justa (que no es lo mismo que ilegitimidad) es suficiente para probar el despido.

Por lo demás, hay casos en los que esa ilegitimidad “adicional” es evidentemente innecesaria puesto que nada tiene que ver con la configuración del despido, me refiero al caso del despido por cambio de ocupación (opera solo por el mero cambio que no haya sido impugnado por el trabajador dentro de los 60 días subsiguientes) o en el caso del despido de trabajadores en régimen contractual de temporada.

**5. Partiendo de la clasificación clásica de la estabilidad en absoluta y relativa, la Corte Constitucional de Ecuador nos ha mencionado la estabilidad reforzada. ¿Qué es la estabilidad reforzada, en qué se diferencia de la estabilidad absoluta y para qué casos se debe aplicar?**



La estabilidad laboral reforzada se estableció en el Código del Trabajo con las reformas del año 2015 (despido ineficaz, Art. 195.2 C.T -Art. 35 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de Abril del 2015), y consiste en que un trabajador no puede ser despedido de su trabajo, aún con justa causa, de forma directa por el empleador, sin que medie resolución de visto bueno. Esta estabilidad ampara únicamente a las mujeres embarazadas y/o en estado de lactancia y a los dirigentes sindicales (Fuero Sindical).

La estabilidad laboral absoluta, por mandato legal, le otorga al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario, impidiendo el mismo, salvo causas justificadas, previo trámite de visto bueno. En este caso, estarían protegidos todos los trabajadores, y no solo mujeres embarazadas y/o en estado de lactancia y dirigentes sindicales.

**6. En Ecuador de forma reciente se ha establecido el despido ineficaz, de la mujer embarazada y de los dirigentes sindicales. En esta clase de despidos ¿Hablamos de una estabilidad absoluta o reforzada?**

Se habla de una estabilidad reforzada, conforme se ha señalado en la respuesta anterior.

**7. En Ecuador de forma reciente se ha establecido el despido ineficaz de la mujer embarazada y de los dirigentes sindicales. En esta clase de despidos ¿Quién debe probar si ocurrió o no el despido?**

Conforme se ha señalado anteriormente, la prueba le corresponde a la mujer embarazada o a la persona trabajadora, puesto que en estos casos no se ha previsto una inversión de la carga de la prueba y tampoco se aplica lo determinado antes en el Art. 16 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a pesar de que estamos ante casos de discriminación.



**8. La Corte Nacional de Justicia ha establecido que, un requisito para que prospere la acción de despido ineficaz, es que el trabajador o trabajadora previamente haya notificado al empleador su estado de embarazo o el ser un dirigente sindical. ¿Qué opina de la exigencia de este requisito?**

Es, como muchos otros pronunciamientos de la Corte, una apreciación que vulnera aspectos básicos de una interpretación jurídica rigurosa. Primero, la norma no establece ningún requisito y remite la situación jurídica a la existencia de una condición fáctica y no determina procedimiento alguno; segundo, la interpretación es innecesaria puesto que la norma no tiene oscuridad ni requiere hacer más ejercicio que el de su comprensión obvia; y, tercero, si alguna ambigüedad u oscuridad se desprende la norma que provoque duda sobre su sentido, la Constitución y el CT obligan a la aplicación del principio in dubio pro operario, esto es en el sentido que más favorezca a la persona trabajadora. De ello, la postura de la CNJ es inconstitucional e injurídica y crea requisitos exagerados que atentan contra el derecho a la estabilidad laboral. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la jurisprudencia ha determinado la forma y el tiempo de la notificación, como por ejemplo, refiriendo a que no se puede alegar desconocimiento si el estado de gestación es notorio o si aquella, antes de suscribir el acta de finiquito, hace conocer este particular a la autoridad de trabajo o a otro ejecutivo de la empresa que tenga a su cargo el manejo de los recursos humanos; es decir, cualquier otro medio de prueba que permita establecer esta situación, antes de la terminación de la relación laboral con el acta de finiquito.

El Art. 163.3 del COGEP señala que los hechos notorios o públicamente evidentes no requieren ser probados, y la jurisprudencia hace efectiva esta disposición legal.





**9. La Corte Constitucional de Ecuador, en sentencias como N° 080-13-SEP-CC, ha establecido que en la terminación unilateral de una relación laboral, el juez debe estudiar el caso y ante la “sospecha” de discriminación o que exista un fin ilegítimo en el acto de despido, el empleador debe tener mayor carga probatoria. Este criterio de la Corte Constitucional ¿Cambiaría el criterio de que corresponde al trabajador la carga de la prueba en el despido intempestivo?**

La postura de la Corte Constitucional no corre en materia laboral. La sentencia alude a un hecho conocido en *materia constitucional* (acción de protección), en la que, como ya se dijo, el Art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé la inversión de la carga de la prueba por los hechos cuando se trate de discriminación.

**10. En Ecuador se ha establecido de forma reciente los despidos discriminatorios. ¿Qué debemos entender como despido por discriminación?**

En la normativa de otros Estado, a la luz de situaciones relacionadas con la empleabilidad de personas en estado de migración, se ha previsto la protección a éstas, no solo en relación a su empleador sino en relación a los trabajadores que tienen expresiones de xenofobia, por ejemplo, y que constituyen evidentes actos de discriminación. El principio y el derecho de igualdad constituyen garantías que repudian cualquier motivo que pretenda menoscabar otros derechos sin que el régimen jurídico lo admira o justifique. Por razones de productividad, ahora la legislación laboral admite la diferencia de remuneración pero, por motivos de raza, color, sexo, religión, sindicación, edad, opinión política o cualquier otra, hasta se puede incurrir en acto ilícito penal.



Por lo mismo, ha de entenderse que hay despido por discriminación en cualquier caso de terminación intempestiva y unilateral que, además de carecer de causa legal, también incurre en motivación referida a una de las razones anteriores en las que se funda el acto del despido.

**11. La Constitución del Ecuador, en su Art. 11, establece como principio para el ejercicio de los derechos, la igualdad y la prohibición de ser discriminado por objeto o resultado, realizando una enumeración no taxativa. ¿El despido intempestivo, el mayor acto de violencia del empleador frente a un trabajador que vende su fuerza de trabajo, implicaría, por objeto o resultado, una discriminación socioeconómica?**

La discriminación no es cualquier acto aflictivo a un derecho. La falta de pago de la remuneración no lo es, como no lo es el incumplimiento de una obligación de pago de una deuda u otra de dar, hacer o no hacer en un contrato. La falta de pago de la pensión alimenticia, sin embargo de su gravedad, tampoco es acto de discriminación.

Por lo anterior, parece indispensable que un estudio sobre este aspecto deba, primero, determinar con mucha precisión lo que caracteriza el acto de discriminación que, en principio, corresponde a una determinación dirigida a violentar el derecho a la igualdad del que gozamos todos los individuos humanos y que, por lo mismo, obliga a los demás a tenernos en las mismas condiciones de los demás. Si la motivación del despido es afligir la posibilidad de la satisfacción de las necesidades de una persona trabajadora, impedir -por esta vía- a su familia acceder a otros beneficios que le permite la vida social o al ejercicio de otros derechos, como la educación propia o de los hijos, podría pensarse que estamos ante un acto de discriminación socio-económica. Pero creo que no están ahí las motivaciones que tiene el sujeto empleador para despedir. Las mayores variables se desenvuelven en el ámbito de la reducción de personal y el eficientismo-rentismo



empresarial, aspectos disciplinarios y conflictos personales en las relaciones entre trabajadores o entre trabajadores y administración.

## **12. Qué es la flexiseguridad?**

La flexiseguridad no es un modelo de gestión o un proceso o una técnica o régimen interno de una empresa; corresponde a una política laboral que se pretende convertir en política pública y, por lo mismo, requiere un marco normativo legal que, por lo mismo, obliga a la propuesta de reformas en el régimen jurídico en aquellos países en los que las políticas neoliberales no lograron trastocar la naturaleza tutelar del Derecho Laboral como parte del Derecho Social y lo sometieron a la lógica del Derecho privado y de las relaciones contractuales civiles.

Corresponde, por lo mismo, a tendencias empresariales de abolición del régimen de derechos que limita la libre contratación que añoran los interesados en explotar la mano de obra. Es una estrategia de flexibilización laboral, para favorecer la explotación laboral y la acumulación capitalista bajo la apariencia de política orientada a una mayor flexibilidad en las relaciones laborales entre empresas y trabajadores “para adaptarse al cambio” y alcanzar “relaciones más estables y seguras” en condiciones de mayor accesibilidad al trabajo y movilidad de la plantilla laboral y, supuestamente, asegurando una “adecuada protección social para los trabajadores”. En realidad, busca justificar la reducción o abolición de todos los mecanismos tutelares, reducir los costos de la fuerza de trabajo, modificar la composición orgánica del capital en las empresas, intensificar el uso de las tecnologías informáticas, robóticas y de la automatización bajo un discurso ideológico de la accesibilidad al empleo.



**13. Dentro de la flexiseguridad, los costos del despido no deben pagarlos el empleador sino la seguridad social, por las prestaciones del desempleo. ¿Qué opina Ud. y qué consecuencias puede acarrear esa medida?**

Es una aberración y propio de la naturaleza rentista de los capitalistas. Sigue la misma lógica que se observa cuando, por ejemplo, los empresarios interesados en aprovechar determinados ámbitos de los recursos naturales exigen al Estado proveer de servicios e infraestructura a efectos de aprovechar el patrimonio público en beneficio de sus intereses, pero disfrazándolos como interés general o infraestructura que “aporta el desarrollo local”. Esos mismos empresarios, cuando se trata de aportar para resolver problemas de mantenimiento o reposición de equipos o rehabilitación de la vialidad o los servicios, lejos de aportar o devolver algo de los beneficios que han obtenido, optan por acusar al Estado de ineficiente o de parasitario porque exige el pago de impuestos, tasas o contribuciones especiales. Si estos cobros pueden pasar a manos de las empresas privadas, también cambian el discurso y consideran que es una “política económica sana”. Ese doble discurso que oculta una sola lógica, la de la acumulación, es la que se expresa en esta posición; es la de socializar los costos y privatizar las ganancias. Por lo demás, una política de esta índole implicará incrementar las posibilidades de descapitalización de los fondos previsionales de la seguridad social y dismantelar su capacidad futura de cubrir, sobre todo, las pensiones jubilares.

Adicionalmente oculta la incapacidad de su desempeño. Abogan por eficiencia, por calidad y más en los discursos, pero en la realidad son ineficientes e incapaces de generar fuentes de empleo o de mantener las actuales. Basta visualizar los índices de crecimiento del empleo en el sector privado y el crecimiento de las tasas de desempleo en los diferentes sectores de la economía.



## **Anexo 2**

### **Entrevista al Dr. Freddy Mulla Ávila, Juez de la Sala Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.**

#### **1. Explíquenos que debemos entender por despido en materia laboral en el Ecuador.**

Bueno el despido en materia laboral en el Ecuador es la terminación unilateral que se puede dar por parte del empleador, esto es sin motivo alguno, despedirle de una relación laboral que está inclusive, está determinado en el Código de Trabajo. Ahora es importante hacer notar que la jurisprudencia ecuatoriana durante muchos años viene manifestando que el despido es de forma directa, en un lugar determinado, un día y hora, para poder considerar como despido intempestivo.

#### **2. En el Ecuador, si un trabajador alega en un proceso judicial que ha sido despedido de forma intempestiva ¿Quién tiene la prueba de esta afirmación?**

Cuando el trabajador alega que ha sido despedido intempestivamente por parte del empleador, la carga de la prueba indudablemente le corresponde al trabajador, pero si la contestación de la parte empleadora, se han dado casos por ejemplo que dicen que se ha abandonado el trabajador, en este caso la carga de la prueba se reinvierte al empleador que tiene que justificar una de las causas o motivos por las cuales el empleador dio por terminado la relación laboral. Entonces sí hay momentos que la carga de la prueba cuando alega el trabajador, pero es contestada implícitamente por el empleador un abandono, la carga de la prueba se reinvierte en ese momento.

#### **3. Esta distribución de la carga de la prueba ¿Está conforme con el principio de tutela, que inspira el derecho adjetivo y sustantivo laboral?**



Bueno para mi criterio no realmente porque yo sí creo que nuestro país debe ser reformado el Código de Trabajo, al manifestar por ejemplo la presunción para la relación laboral. Pero en la actualidad cuando relacionamos a la distribución de la carga de la prueba al empleador solamente en de acuerdo al criterio que anteriormente dije.

**4. Sobre el despido intempestivo: a más de probarse el hecho mismo ¿Debe probarse la intención ilegítima que tenía el empleador con ese despido?**

Bueno para mi criterio no es necesario probar la intención por que definitivamente el despido intempestivo si tiene que determinarse en un día y hora determinado. Ahora se puede dar diferentes formas de despido intempestivo, por ejemplo un despido intempestivo que no sea de forma directa. Entonces estamos hablando de un despido que tiene que ser probado por el trabajador cuando alega, por ejemplo que dice: “me han despedido por otra persona”, entonces en este caso no estamos hablando de un despido directo sino más bien de un despido indirecto.

**5. A la clasificación de la estabilidad absoluta y relativa, se ha sumado la estabilidad reforzada. ¿Cómo debemos entenderlo y cuál es la diferencia con la estabilidad absoluta y relativa?**

Bueno, realmente la Corte Constitucional ha hecho un muy buen análisis sobre la estabilidad reforzada, es en el caso cuando una persona ha sido despedida del trabajo pero tiene las circunstancias de que pertenece a un grupo prioritario. Por ejemplo, cuando se le despide a un trabajador que tenga una enfermedad catastrófica, a una mujer que se encuentre en estado de embarazo. Entonces en este caso si se puede hablar de una estabilidad reforzada pues nos salimos ya de la estabilidad absoluta o relativa; pero solamente cuando se justifica el grupo prioritario, por



ejemplo en el caso de una persona que tenga una enfermedad catastrófica no puede ser despedida de su trabajo.

**6. En el Ecuador de forma reciente se ha establecido el despido ineficaz de la mujer embarazada y los dirigentes sindicales. ¿Cómo podemos definir la estabilidad en el caso del despido ineficaz?**

Bueno, en el despido ineficaz primero partiré manifestando que tiene que ser justificado por quien alega ese despido intempestivo, esto se hace ante el juez de trabajo de acuerdo a la últimas reformas del Código de Trabajo. En este caso no estaríamos hablando de estabilidad reforzada porque quien tiene que justificar ese despido ineficaz es propiamente la persona que se siente afectada y esta tiene que ser declarada por un juez, el juez dice existe un despido ineficaz para poder tener los derechos que establece las indemnizaciones que establece el Código de Trabajo.

**7. La Corte Nacional de Justicia ha establecido, que un requisito para que prospere la acción del despido ineficaz es que el trabajador ya previamente haya notificado al empleador su estado de embarazo o ser un dirigente sindical. ¿Qué opina usted de esta exigencia?**

Bueno indudablemente yo creo que no, para mi criterio no es necesario, si bien es cierto se podría hacer conocer a su empleador que se encuentra en ese estado pero la Corte Nacional, manifestó en una resolución que no necesariamente se tiene que notificar cuando se puede demostrar, cuando puede justificar en este caso la persona embarazada que se encuentra en ese estado. Entonces yo creo que sí es procedente aquí, sobre el despido ineficaz de una persona cuando no ha sido notificado el empleador, pero eso si tiene que al presentar al despido ineficaz poner en conocimiento de su estado que se encuentra actualmente.



**8. La Corte Constitucional en algunas sentencias ha precisado que es obligación del juzgador judicial o administrativo, que ante la sospecha de discriminación (en un despido por ejemplo) debe distribuir la carga probatoria en el empleador. Este criterio cambia o no el criterio o la carga de la prueba en materia laboral.**

Bueno yo considero que no cambiaría la carga de la prueba porque la Corte Constitucional lo que manifiesta es definitivamente que el empleador es quien tendría que justificar pero en cambio el Código de Trabajo manifiesta, para demostrar el despido ineficaz en dos casos claros, que es la mujer embarazada y el dirigente sindical. En estos casos la Corte Constitucional lo que dice que la carga de la prueba va al empleador, por qué razón, porque tienen que ellos manifestar mediante la presentación como bien dice de un visto bueno para dar por terminado una relación laboral, caso contrario no.

#### **9. ¿Qué debemos entender como un despido por discriminación?**

Bueno partiré manifestando qué es la discriminación, la discriminación viene a darse desde el punto de vista que otra persona haya sido, haya tenido ese problema y que fue solucionada y que la otra parte no, y para cotejar la discriminación de una persona con otra, en este caso indudablemente que eso es lo fundamental. Ya se han dado resoluciones que se han dado el pago de indemnizaciones cuando ha existido discriminación de una persona, ya sea por diferentes motivos, por su enfermedad, por ejemplo, así mismo por su enfermedad catastrófica y si a una persona ya ha sido declarada por eso y a la otra no, indudablemente que vamos a hablar ya de una discriminación de una persona frente a otra. Creo que en el Ecuador ya tenemos un avance, ya ha habido sentencias analizando de la parte discriminatoria de una persona con otra y se ha ordenado





obviamente el pago de las indemnizaciones correspondientes por despido al ser discriminado una persona.

**10. Si se encuentra prohibida la discriminación por objeto o por resultado, sin que exista una enumeración taxativa, siendo el despido intempestivo el mayor acto de violencia del empleador, éste despido implicaría una discriminación socioeconómica?**

Bueno desde mi perspectiva yo creo que como decía anteriormente la discriminación tiene que ser probada y tiene que ser comprobada más que eso. Entonces si hablamos sobre la discriminación socioeconómica indudablemente que es un poco compleja porque no se puede hablar que ha sido despedida por discriminación desde el punto de vista económico sino más bien se tiene que probarse desde mi punto de vista, que esa discriminación le está afectando en sus derechos, de acuerdo a las normas constitucionales.

**11. En el caso del despido ineficaz existe la posibilidad de regresar al puesto de trabajo pero en el caso de despido por discriminación no, pues el Código de Trabajo establece una mayor indemnización. Qué opina Ud.?**

Bueno yo considero que nuestro Código de Trabajo en las reformas, ese era el cambio fundamental, cuando una persona en los dos casos no, mujer embarazada y por dirigente sindical al conocer esta noticia de ésta demanda, el juez tenía que aplicar de forma inmediata la medida cautelar de reintegro. Entonces esta medida cautelar era el efecto inmediato para los empleadores de que tenía que obligatoriamente reintegrarle a una persona a su trabajo, entonces el hecho de no reintegrarle a una persona a su trabajo ya se puede decir que existe discriminación desde el punto de vista del no acatamiento de la medida cautelar que se ordena por parte del juez del empleador y que se están dando.



Ya en los casos prácticos por ejemplo no ha habido una medida cautelar que se dicte un juez para poder evidenciar eso, entonces cuando no se da eso, indudablemente viene ya las indemnizaciones que el Código de Trabajo establece, ahora así mismo ya es notorio ver que los empleadores no quieren recibir llamemos así, o aceptar la orden del juez de la medida cautelar entonces que están optando los empleadores y los trabajadores en estas dos condiciones, es que se le pague las indemnizaciones correspondientes, entonces si usted al preguntarme sobre esto yo si manifestaría que si podemos hablar también ya de discriminación desde el punto de vista de la normativa del Código de Trabajo.

**12. La protección ante el despido ineficaz y al despido por discriminación, desde su labora en la Función Judicial, ha permitido que los trabajadores dejen de ser despedidos?**

Bueno yo creo que en parte si hay una protección de derechos indudablemente a esas dos personas porque antes que exista el despido ineficaz para estas dos grupos llamemos así, indudablemente que si bien es cierto si existían las indemnizaciones correspondientes pero repito una vez más, lo fuerte es la medida cautelar, el reintegro cuando se ha producido ya un despido ineficaz entonces para mi criterio yo creo que si existe, si existe un freno llamemos así a la parte empleadora para que se den estos despidos violentos y flagrantes que se daban antes de las reformas al Código de Trabajo.

**13. En cuanto al despido por discriminación, dado que no existe el reintegro sino una indemnización mayor, el descaminar si sería procedente para las personas que pueden pagarlo. Qué opina usted?**

Bueno, desde el punto de vista económico a lo mejor es favorable para el trabajador y perjudicial para el empleador pero lo que toca analizar es el fondo cual sería es, de que se conserve el lugar de



trabajo de la persona, por qué; porque el hecho de que una persona tenga su trabajo y tenga su posibilidad de seguir obteniendo su sueldo y con esto tener una vida digna esa es lo que se debe garantizar desde el punto de vista constitucional porque ahí si estaríamos hablando de violación de derechos constitucionales.

#### **14. Qué es la flexiseguridad.**

Bueno, para mi criterio es una estrategia integral que se da dentro del mercado laboral, y para lograr obviamente como tiene una finalidad para lograr una mayor flexibilidad a las dos partes, ya sea la parte trabajadora como a la parte de la empresa, esto permite también indudablemente dar una diría yo: una seguridad a las dos partes cuando podemos hablar también de una protección social y así mismo que garantiza a los trabajadores cuando se encuentran en un período de transición, por ejemplo se pude garantizar con esta flexiseguridad de que las dos partes puedan estar protegidos dentro de un mercado laboral.

**15. En cuanto a la flexiseguridad, se busca que los costos por despido deben reducirse o exonerarse el pago del empleador, pues la seguridad social debería cubrir las contingencias de desempleo, cesantía, etc. Qué opina usted?**

Bueno si indudablemente cuando yo decía por flexiseguridad yo hablaba de una estrategia. Es una estrategia para las dos partes, pero indudablemente si queremos manifestar de que la seguridad social tiene que cubrir los montos que se yo, cuando existe un despido intempestivo para mi criterio no es correcto, por qué razón, porque el empleador entonces estaría con una arbitrariedad en cualquier momento de despedirle y decirle bueno el despido cubre el seguro social entonces no. Yo creo que cuando decía y definiendo la tesis de la flexiseguridad es la estrategia que se debe dar pero en momento de transición por la relación laboral pero no para caso como usted me pregunta



del despido intempestivo. Obviamente en los países desarrollados, como usted bien dice en Europa, se puede cubrir pero en nuestro país no.

Ahora indudablemente lo que he escuchado que se está queriendo hacer unas reformas desde este punto de vista que para mí sería muy perjudicial para los trabajadores y dejando una amplia gama para que el empleador pueda tener solamente ellos como estrategia, pero yo cuando hablo de flexiseguridad como estrategia tiene que ser en conveniencia para las dos partes.